Universidad de Huelva

Departamento de Derecho Público

La tutela jurídico-administrativa de la funcionalidad del patrimonio arqueológico : dominio público y control administrativo de las actividades arqueológicas

Memoria para optar al grado de doctora
presentada por:

Rosario Leñero Bohórquez

Fecha de lectura: 18 de julio de 2011

Bajo la dirección de los doctores:

Javier Barnés Vázquez

María del Carmen Núñez Lozano

Huelva, 2011

CC BY NC ND

LA TUTELA-JURÍDICO ADMINISTRATIVA DE LA FUNCIONALIDAD DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO:

DOMINIO PÚBLICO Y CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS ACTIVIDADES ARQUEOLÓGICAS

Tesis doctoral

Rosario Leñero Bohórquez

Universidad de Huelva

Junio 2011

Directores de la tesis:

Javier Barnés Vázquez

María del Carmen Núñez Lozano

INDICE

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS (pág. 15)

INTRODUCCIÖN (pág. 19)

I. MARCO REGULADOR DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO (pág. 25)

1. EL DERECHO ESPAÑOL DEL PATRIMONIO CULTURAL (pág. 25)

1.1. El artículo 46 de la Constitución Española como fundamento de la actuación de los poderes públicos en materia de Patrimonio Arqueológico (pág. 25)

1.2. La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Cultural (pág. 40)

1.2.1. Las determinaciones del bloque de la constitucionalidad (pág. 44)

1.2.1.1. La Constitución (pág.45)

1.2.1.2. Los Estatutos de Autonomía (pág. 63)

1.2.1.3. Una difícil articulación competencial (pág. 73)

1.2.2. La traducción de la distribución de competencias por los legisladores estatal y autonómico y la posición del Tribunal Constitucional (pág. 77)

1.2.2.1. Del lado del Estado: la construcción normativa de una competencia de alcance general en materia de Patrimonio Cultural (pág. 77)

1.2.2.1.1. Los antecedentes: El Proyecto de Ley de 1981 y los Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios (pág. 77)

1.2.2.1.2. La Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 (pág. 84)

1.2.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (pág. 99)

1.2.2.2.1. Algunos pronunciamientos previos sobre la distribución de competencias sobre cultura y Patrimonio Cultural (pág. 100)

1.2.2.2.2. La STC 17/1991, de 31 de enero: un fallo interpretativo que salva la constitucionalidad de la LPHE pero quiebra la lógica del diseño en que se funda (pág. 109)

1.2.2.3. Del lado de las Comunidades Autónomas: el progresivo desplazamiento de la LPHE por la legislación autonómica y la paralela afectación de las competencias estatales (pág. 125)

1.3. Recapitulación y algunas conclusiones (pág. 139)

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL (pág. 151)

2.1. El Patrimonio Cultural como objeto del Derecho Internacional (pág. 151)

2.1.1. El Patrimonio Cultural en los instrumentos internacionales de carácter general. Algunas consideraciones relativas al Patrimonio Arqueológico (pág. 160)

2.1.2. La normativa internacional que se ocupa específicamente del Patrimonio Arqueológico (pág. 180)

2.1.3. La normativa internacional para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (pág. 186)

3. EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO COMUNITARIO (pág. 198)

3.1. La Cultura y el Patrimonio Cultural en el Derecho primario (pág. 198)

3.**2. El Patrimonio Cultural en el Derecho derivado (pág. 202)**

3.2.1. El control de las exportaciones de bienes culturales a terceros países (pág. 205)

3.2.2. La restitución intracomunitaria de bienes ilícitamente exportados (pág. 209)

II. CONCEPTO Y FUNCIONALIDAD DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO (pág. 215)

1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA DISCIPLINA ARQUEOLÓGICA (pág. 216)

3.1. Los estudios anticuaristas en el origen de la Arqueología (pág. 217)

3.2. El nacimiento de la Arqueología moderna y su recepción en España (pág. 224)

3.3. La naturaleza científica de la Arqueología contemporánea (pág. 230)

2. LA CONSIDERACIÓN DEL *INTERÉS ARQUEOLÓGICO* EN LA NORMATIVA HISTÓRICA DE PATRIMONIO CULTURAL (pág. 236)

3. LA CONCEPCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO EN LA ORDENACIÓN VIGENTE DEL PATRIMONIO CULTURAL (pág. 247)

3.1. La configuración del Patrimonio Arqueológico en el Derecho Internacional del Patrimonio Cultural (pág. 247)

3.2. El concepto normativo del Patrimonio Arqueológico en la LPHE y su recepción en la legislación autonómica (pág. 254)

3.2.1. La aplicación de la metodología arqueológica como criterio identificativo de una porción del Patrimonio Cultural y como clave de la funcionalidad cultural de estos bienes (pág. 255)

3.2.2. Patrimonio Arqueológico e interés paleontológico: la consideración de los bienes paleontológicos en la legislación del Patrimonio Cultural (pág. 263)

3.2.3. La extensión material del Patrimonio Arqueológico y los procedimientos para su concreción (pág. 273)

3.2.4. La irrelevancia de la extracción de los bienes a efectos de su integración en el Patrimonio Arqueológico: el descubrimiento en clave arqueológica (pág. 277)

3.2.5. El alcance territorial del Patrimonio Arqueológico español: el Patrimonio Arqueológico ubicado en espacios marítimos (pág. 281)

3.2.5.1. Análisis de la compatibilidad del art. 40.1 LPHE con el Derecho Internacional (pág. 284)

3.2.5.2. Estado y Comunidades Autónomas en la gestión del Patrimonio Arqueológico en espacios marítimos (pág.297)

III. EL DOMINIO PÚBLICO DE LOS HALLAZGOS DE BIENES CULTURALES (pág. 311)

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES (pág. 311)

2. EVOLUCIÓN Y CONTEXTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS HALLAZGOS DE BIENES CULTURALES EN ESPAÑA (pág. 311)

2.1. El régimen civil como telón de fondo de la legislación administrativa especial (pág. 312)

2.1.1. El tratamiento civil del hallazgo de bienes muebles valiosos: el tesoro (pág. 312)

2.1.1.1. La evolución del concepto y del régimen jurídico del tesoro en Derecho romano y Derecho histórico castellano (pág. 314)

2.1.1.2. El tesoro en el Código Civil de 1889 (pág. 322)

2.1.1.2.1. El concepto de tesoro del artículo 352 del Código Civil (pág. 323)

2.1.1.2.2. El régimen jurídico del tesoro (pág. 328)

2.1.1.2.3. La naturaleza jurídica de la adquisición del tesoro: el juego de los principios de ocupación y accesión (pág. 330)

2.1.1.2.4. Estado y tesoros (pág.336)

2.1.1.2.5. Tesoro y hallazgos arqueológicos (pág. 340)

2.1.2. El hallazgo de bienes inmuebles (pág.347)

2.1.2.1. Bienes vacantes y hallazgo de inmuebles valiosos (pág. 351)

2.1.2.2. El artículo 350 del Código Civil como criterio rector de los hallazgos de inmuebles ocultos en ausencia de legislación especial (pág. 356)

2.1.2.2.1. La extensión vertical del dominio (pág.)

2.1.2.2.2. La incidencia de la legislación administrativa especial sobre el artículo 350 del Código Civil (pág. 357)

2. 2. La progresiva formulación de un régimen administrativo especial de los hallazgos de bienes culturales (pág. 370)

2.2.1. Una primera referencia a los hallazgos de restos arqueológicos en la normativa del período ilustrado (pág. 371)

2.2.2. La Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911 (pág. 376)

2.2.3. La Ley del Tesoro Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 (pág.387)

2.2.4. El hallazgo de objetos históricos y arqueológicos en el mar (pág. 391)

2.3. Recapitulación (pág. 396)

3. LA CONSAGRACIÓN DE UN DOMINIO PÚBLICO SOBRE LOS HALLAZGOS DE BIENES CULTURALES (pág. 399)

3.1. El antecedente del proyecto de ley de defensa del Patrimonio Histórico-Artístico Español de 1981 (pág. 400)

3.2. El dominio público de los hallazgos de bienes culturales (pág. 405)

3.2.1. Estado y Comunidades autónomas en la regulación del dominio público de los hallazgos culturales: demanialización, titularidad y régimen jurídico (pág. 408)

3.2.2. Ámbito objetivo del dominio público de los hallazgos de bienes culturales (pág. 427)

3.2.2.1. Tipología de bienes incluidos en el dominio público del artículo 44.1 LPHE: la inclusión de bienes inmuebles (pág. 428)

3.2.2.2. La posesión de los valores propios del Patrimonio Histórico Español como característica definitoria del género de bienes definido por el artículo 44.1 LPHE (pág. 432)

3.2.2.2.1. Patrimonio arqueológico y dominio público: el ámbito objetivo no coincidente de los artículos 40.1 y 44.1 LPHE (pág.432)

3.2.2.2.2. El interés paleontológico como criterio valorativo del dominio público *ex* artículo 44.1 LPHE (pág. 439)

3.2.2.2.3. Algunas consideraciones sobre la amplitud del dominio público del hallazgo de bienes culturales y el sentido de la disposición contenida en el artículo 44.1 LPHE (pág. 441)

3.2.2.3. El artículo 44.1 LPHE y la garantía patrimonial de los particulares (pág.451)

3.2.2.3.1. El carácter prospectivo del artículo 44.1 LPHE por referencia al descubrimiento futuro de los bienes como expresivo del requisito de la carencia de dueño para la adscripción al dominio público de los bienes descubiertos (pág. 451)

3.2.2.3.1.1. La proyección del dominio público al descubrimiento de bienes muebles (pág. 457)

3.2.2.3.1.2. La proyección del dominio público al descubrimiento de bienes inmuebles (pág. 461)

3.2.2.4. Patrimonio cultural subacuático y dominio público (pág. 467)

3.2.2.4.1. Las facultades del Estado costero sobre el Patrimonio Histórico sumergido más allá del mar territorial según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (pág. 469)

3.2.2.4.2. La posición del Estado costero en la Convención UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (pág. 475)

3.2.2.5. Dominio público de los hallazgos culturales y potestades demaniales (pág. 481)

4. LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL DOMINIO PÚBLICO *EX* ARTÍCULO 44 LPHE COMO GARANTÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN ARQUEOLÓGICA (pág. 490)

IV. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN ARQUEOLÓGICA (pág. 495)

1. LA POLICÍA ADMINISTRATIVA DE LAS EXCAVACIONES EN EL DERECHO HISTÓRICO (pág. 496)

2. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES ARQUEOLÓGICAS COMO EXIGENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL (pág. 503)

3. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES ARQUEOLÓGICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL (pág. 512)

3. 1. Los notas principales del régimen jurídico del control de las actividades arqueológicas en el Derecho español (pág. 512)

3.1.1. El valor de las determinaciones de la LPHE sobre el régimen jurídico de las actividades arqueológicas (pág. 512)

3.1.2. La Administración competente para autorizar las actividades arqueológicas (pág. 515)

3.1.3. Tipología de actividades arqueológicas sujetas a autorización en función de la técnica empleada (pág. 520)

3.1.4. Los motivos que impulsan la realización de actividades arqueológicas: la diversidad de escenarios y su incidencia en el ejercicio de la potestad autorizatoria (pág. 530)

3.1.5. Requisitos subjetivos de la autorización: la profesionalidad. El carácter personal de la autorización para la realización de actividades arqueológicas (pág. 542)

3.1.6. Requisitos objetivos de la autorización: acreditación de la conveniencia e interés científico de la actividad proyectada; autorización del propietario para el acceso a espacios de titularidad privada (pág. 552)

3.1.7. Carácter mixto de la potestad administrativa de autorización de las actividades arqueológicas: valoración técnica y valoración del interés público que impone la gestión pública en la protección y conservación del Patrimonio Arqueológico (pág.558)

3.1.8. Estatuto jurídico del sujeto autorizado (pág. 565)

3.1.8.1. Principales obligaciones derivadas de la autorización arqueológica: el sujeto autorizado como colaborador cualificado en la determinación de los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico y su gestión (pág. 566)

3.1.8.2. La realización de una actividad científica sobre bienes del Patrimonio Arqueológico como derecho del sujeto autorizado (pág. 572)

3.1.8.2.1. Libertad de investigación y el derecho a la ejecución de una actividad arqueológica (pág. 572)

3.1.8.2.2. Los resultados de la investigación arqueológica: modulaciones en los derechos que integran la propiedad intelectual (pág. 581)

3.2. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la autorización de actividades arqueológicas (pág. 585)

3.2.1. La falsa unicidad de la autorización de actividades arqueológicas como técnica de intervención (pág. 585)

3.2.2. La conveniencia de sustituir la autorización por otras técnicas para el control de actividades arqueológicas sin incidencia en la integridad física del Patrimonio Arqueológico (pág. 591)

3.3. Algunas reflexiones sobre la financiación de las actividades de investigación arqueológica. En particular, los casos de la Arqueología preventiva y de urgencia (pág. 596)

3.3.1. La previsión de deberes de financiación privada de actividades arqueológicas en el ordenamiento jurídico vigente (pág. 598)

3.3.1.1. Las ambiguas previsiones de la Ley del Patrimonio Histórico Español sobre el régimen de financiación de las actividades preventivas y de urgencia (pág. 598)

3.3.1.2. La previsión de deberes de financiación privada de actividades arqueológicas en la legislación autonómica (pág. 600)

3.3.2. La justificación del deber de financiación privada de la arqueología preventiva: análisis crítico de los principales argumentos empleados (pág. 606)

3.3.2.1. La protección arqueológica como contenido de la función social de los inmuebles que albergan restos arqueológicos (pág. 606)

3.3.2.2. El traslado del principio ambiental "quien contamina paga" a la protección del patrimonio arqueológico (pág. 610)

3.3.3. El necesario replanteamiento del régimen jurídico de la financiación privada de las actividades arqueológicas (pág. 612)

V. CONCLUSIONES (pág. 615)

BIBLIOGRAFÍA (pág. 635)

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS

BIC	Bien de Interés Cultural
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
CE	Constitución Española
CEPPA	Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico, hecho en Londres el 6 de mayo de 1969
CEPPAr	Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico revisado, hecho en La Valetta el 16 de enero de 1992
CNUDM	Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982
CPPCS	Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
JUR/RJCA/RJ	Código marginal repertorio de jurisprudencia de Westlaw-Aranzadi
LFPCNa	Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra
LPCAr	Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés
LPCAs	Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural de Asturias
LPCCat	Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural de Cataluña
LPCCyL	Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León
LPCG	Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia
LPCHALR	Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Histórico,

	Cultural y Artístico de La Rioja
LPCMu	Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia
LPCVal	Ley 4/1998, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural Valenciano
LPCVas	Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco
LPHA 1991	Ley 1/1991, de 3 de julio , del Patrimonio Histórico de Andalucía
LPHA 2007	Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía
LPHB	Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares
LPHCan	Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias
LPHCEx	Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura
LPHC-LM	Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LPHM	Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid
PC y D	*Patrimonio Cultural y Derecho*
QPC	Principio "quien contamina paga"
RAAP	*Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*
RAP	*Revista de Administración Pública*
RArAP	*Revista Aragonesa de Administración Pública*
RCDI	*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*
RCEC	*Revista del Centro de Estudios Constitucionales*
REDA	*Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*

REDC	*Revista Española de Derecho Constitucional*
RGLJ	*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*
RTDP	*Rivista Trimmestrale di Diritto Pubblico*
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El Patrimonio Arqueológico presenta notables singularidades dentro del contexto del Patrimonio Cultural. La principal es que los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico se caracterizan por constituir el sustrato material necesario para el desenvolvimiento de la Arqueología. La gestión del Patrimonio Arqueológico pone en el primer plano la realización de las actividades arqueológicas frente a los bienes en sí, que tienen una posición instrumental frente a aquéllas. Esta particularidad dota al Patrimonio Arqueológico de un componente funcional que debe constituir el eje de su tutela.

Ciertamente, la tutela de todo el Patrimonio Cultural, no sólo en su variante arqueológica, se concibe en la actualidad en sentido funcional, vinculada a la efectividad de los derechos de acceso a la cultura propios de un Estado social que persigue, también, fines culturales. Sin embargo, la acción de los poderes públicos respecto a los bienes arqueológicos se ha adelantado históricamente al poner el acento en el servicio que el Patrimonio presta en la promoción de la cultura, en particular, en la generación de conocimiento histórico. Aún cuando la noción de un bien arqueológico siguiera asociada a la posesión de antigüedad, y perdurara aún el culto por los objetos y piezas singulares, herencia del coleccionismo ilustrado, el ordenamiento ya había arbitrado técnicas y soluciones para potenciar las búsquedas de estos bienes y orientarlas en el sentido más conforme a su rentabilidad cultural y social. Los poderes públicos pronto advierten los beneficios que pueden obtenerse para la reconstrucción de la historia, el fortalecimiento del espíritu nacional, las mejoras en la instrucción pública, etc, de las actividades de búsqueda y estudio de antigüedades y las someten a control

administrativo. Las actividades arqueológicas han estado siempre en el núcleo del régimen jurídico aplicable a estos bienes, pero, además, ahora, el ordenamiento jurídico define el concepto de Patrimonio Arqueológico a partir de aquéllas.

La tutela del Patrimonio Arqueológico ha de traducirse en un régimen jurídico de actividades antes que en un régimen jurídico de bienes. Es más, con frecuencia la realidad material que constituye el Patrimonio Arqueológico, o mejor dicho, los elementos singulares que lo integran son objeto de un conocimiento imperfecto por las Administraciones públicas, de ahí que las técnicas de protección que se basan en una previa declaración administrativa fundada en un juicio acabado sobre el interés cultural no puedan emplearse en tanto no se han desarrollado, precisamente, las actividades de investigación arqueológica. Además, la precedencia que posee la actividad arqueológica sobre el objeto arqueológico implica, en ocasiones, la alteración o, incluso, la destrucción de elementos integrantes del Patrimonio Arqueológico. La específica acción de tutela de los poderes públicos no consiste en garantizar la integridad física de los objetos y restos mediante la conservación de cualquier vestigio arqueológico, sino en asegurar su función como fuente de información histórico-cultural.

Las particularidades del Patrimonio Arqueológico han tenido reflejo normativo en un tratamiento especial en el Derecho internacional y en la normativa interna. En el Derecho histórico, la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911 se ocupó de esta materia antes de que se dictara una ley general sobre monumentos o sobre el Tesoro Histórico-Artístico. En la actualidad, se regula en las leyes de Patrimonio Cultural, en uno de los títulos

dedicados a los llamados patrimonios "especiales". Los dos elementos más significativos de la ordenación jurídica del Patrimonio Arqueológico son el control de las actividades de investigación arqueológica, como ya se ha apuntado, y la regulación de los hallazgos de bienes arqueológicos, para los que la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE) ha previsto su ingreso en el dominio público.

El presente trabajo asume como premisa del análisis la funcionalidad específica del Patrimonio Arqueológico y aborda un estudio crítico de las principales técnicas jurídicas empleadas por el legislador, que pretende determinar cuál es la finalidad con la que se recurre a ellas y en qué medida resultan adecuadas para garantizar la citada funcionalidad. En este sentido, se advierte que en las páginas que siguen no se ofrece una exposición completa y exhaustiva del entero régimen jurídico de aplicación al Patrimonio Arqueológico, lo que alejaría este trabajo de las coordenadas propias de una investigación para la colación del grado de doctor y lo acercaría, más bien, a un tratado general sobre la materia. Deliberadamente se han dejado al margen cuestiones de indudable interés jurídico y trascendencia práctica, merecedoras, por sí solas, de un tratamiento monográfico, pero que escapaban al enfoque asumido para el análisis.

Esta orientación, sin embargo, no impide que el primer capítulo del trabajo presente un alcance más general un alcance más general. Es conocido que la actual ordenación del Patrimonio Cultural es confusa, por la existencia de una ley estatal con pretensiones de constituir un código general básico, avalada por la STC 17/1991, cuya aplicación, sin embargo, es prácticamente

testimonial, y una serie de leyes autonómicas que abordan regulaciones análogas sobre el mismo objeto, de un contenido cada vez más exhaustivo y complejo y cuyas soluciones no siempre armonizan con las previsiones de la ley estatal. En este trabajo, no he querido dar por sentada acríticamente esta realidad normativa, sino que he considerado necesario exponer, con carácter previo, mi visión sobre la distribución de competencias y los problemas que se derivan del criterio de reparto adoptado, en el contexto de las bases constitucionales de la tutela del Patrimonio Cultural. Este planteamiento general constituye el trasfondo de ulteriores consideraciones más específicas sobre la naturaleza vinculante de disposiciones de la LPHE para el legislador autonómico o sobre la titularidad de determinadas funciones ejecutivas. Este capítulo inicial cumple también la función de situar al Patrimonio Arqueológico en su contexto normativo, de ahí que se complete con una exposición de los distintos instrumentos de Derecho Internacional que determinan su régimen jurídico.

El capítulo segundo del trabajo trata el concepto de Patrimonio Arqueológico que ofrece el ordenamiento. El análisis del criterio que actualmente adopta la LPHE para definir esta parte del Patrimonio Cultural, su contraste con la configuración normativa tradicional, expresa el impacto que la evolución de la disciplina arqueológica ha tenido en la ordenación jurídica de este Patrimonio. En este sentido, se da breve cuenta del origen de lo que hoy conocemos por Arqueología, de los cambios en la consideración de su objeto de estudio y los medios empleados para la investigación, así como del contexto profesional e institucional en que se ubica la ejecución de actividades arqueológicas. Con ello se aportan claves interpretativas para valorar la funcionalidad de las soluciones que

dispone la legislación vigente, cuyo análisis se aborda en los capítulos posteriores.

El capítulo tercero estudia la ordenación de los hallazgos arqueológicos. Parte de la exposición de los antecedentes normativos, prestando especial atención a la génesis de un régimen de adquisición de las antigüedades en el Derecho Público y a las dificultades que encuentra para desplazar, en la práctica, la aplicación del Código Civil. De estas dificultades surge la determinación, radical, de demanializar los hallazgos de bienes del Patrimonio Histórico que adopta el legislador estatal de 1985. El capítulo analiza las características objetivas de este dominio público; los límites de su aplicación, a la luz de la garantía patrimonial consagrada del artículo 33.3 de la Constitución o la discutida cuestión de su titularidad. En especial, se explica qué utilidad ha perseguido el legislador con el recurso a la demanialización y en qué medida el tratamiento normativo, en especial, el que plantea la legislación autonómica, es fiel al carácter funcional de la tutela del Patrimonio Arqueológico. El debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del dominio público está presente en estas reflexiones.

El capítulo cuarto se ocupa del régimen jurídico de las actividades arqueológicas, centrado en las características de la autorización administrativa a la que se sujeta su realización. Se analizan la tipología de actividades autorizables, los distintos escenarios contemplados en la legislación (la investigación pura, la prevención o la intervención de urgencia) que propician, a su vez, un diverso perfil en los sujetos autorizados, la naturaleza y contenido de los deberes impuestos y el derecho que se ejercita, así como la naturaleza de la potestad administrativa. Partiendo de esta base, se

discute la presunta unicidad de la técnica arbitrada para el control administrativo de las actividades arqueológicas y se proponen otros modelos de intervención que pudieran resultar más adecuados al papel que en la gestión del Patrimonio Arqueológico corresponde a los poderes públicos.

I. MARCO REGULADOR DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

1. EL DERECHO ESPAÑOL DEL PATRIMONIO CULTURAL

1.1. El artículo 46 de la Constitución Española como fundamento de la actuación de los poderes públicos en materia de Patrimonio Arqueológico

El artículo 46 de la Constitución Española, en sede de principios rectores de la política social y económica, presta base constitucional a la actividad de los poderes públicos sobre el Patrimonio Arqueológico. Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 45 de la Constitución Española de 1931[1] que, como ya hiciera la Constitución de Weimar en 1919[2], consagró al máximo nivel normativo el papel tutelar del Estado sobre los bienes portadores de valores artísticos e históricos. La estela iniciada por estos textos fue seguida por numerosas constituciones a lo largo del siglo pasado, evolucionando hacia formulaciones más completas en las constituciones promulgadas en el entorno jurídico mediterráneo

---

[1] Artículo 45 Constitución Española de 1931: "Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación.

El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico"

[2] La Constitución de Weimar a la que, junto a la Constitución mexicana de 1917, se atribuye la maternidad del Estado social, como categoría constitucional que modaliza el Estado de Derecho, contemplaba en su artículo 152 la protección y auxilio del Estado para "los monumentos del Arte, de la Historia y de la Naturaleza" y consagraba la competencia del *Reich* para evitar la "emigración" del patrimonio artístico nacional.

en la década de los setenta[3]. En este sentido, la Constitución española de 1978 se encuentra estrechamente emparentada con las constituciones griega de 1975 y portuguesa de 1976[4]: todas tienen en común, junto a su vecindad temporal, haber surgido en contextos políticos de transición o ruptura con largas dictaduras de signo conservador, en países poseedores de un rico Patrimonio Cultural, sometidos históricamente a una intensa depredación exterior o a fuertes procesos de degradación por causas internas. Tampoco es ajena a la formulación del artículo 46 de nuestra Constitución –así como de otros de los principios rectores de la política social y económica- la firma y ratificación por España del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966[5] o la adopción

[3] Una aproximación al panorama constitucional comparado en esta materia, desde su primera formulación en Weimar hasta las constituciones surgidas tras la caída de los regímenes socialistas de Europa del Este, en P. HÄBERLE: "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", *REDC,* núm. 54, págs. 11-39, en especial en las páginas 13-26. Según el autor, el análisis comparativo textual demuestra como la protección de los bienes culturales se configura como "un elemento esencial del tipo Estado constitucional" (pág. 23)

[4] La Constitución griega de 1975 reúne en el artículo 24 determinaciones relativas al papel de los poderes públicos en la tutela del ambiente natural y cultural y al régimen urbanístico. Por su parte, la Constitución portuguesa de 1976 conecta en su artículo 48, el más prolijo en su redacción, el derecho de acceso y disfrute de la cultura con el deber de la ciudadanía de preservación y enriquecimiento del patrimonio cultural, correspondiendo a los poderes públicos garantizar tal acceso así como la promoción y respeto por dicho patrimonio.

[5] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977. Consagra en su artículo 15, junto a otros, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y los deberes estatales de conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura para asegurar la efectividad de tal derecho.

Convención UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972[6] [7].

Junto a las circunstancias descritas, concurre a la configuración del artículo 46 de la Constitución Española su inserción en un contexto normativo constitucional e internacional marcado por un proceso de reformulación del Estado social, que persigue la reorientación de éste hacia fines de naturaleza cualitativa. Si la preocupación de los Estados tras la crisis del 29 y la II Guerra Mundial se cifraba en la reconstrucción de sus economías, una vez alcanzado cierto grado de desarrollo económico y garantizada una renta mínima, se avanza un paso más, comprometiendo a los poderes públicos en la consecución de metas de progreso vinculadas al concepto de calidad de vida[8]. La conjunción de las dimensiones cuantitativa y cualitativa del desarrollo como horizonte del Estado se refleja en el Preámbulo de la Constitución Española, que manifiesta la voluntad de la Nación española de "promover el progreso de la cultura y de la economía para garantizar a todos una digna calidad de vida". De este modo, los derechos prestacionales característicos del Estado social se diversifican: junto a los tradicionales de

---

[6] Adoptada el 23 de noviembre de 1972 en el curso de la 17ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO y aceptada por España mediante instrumento de 18 de marzo de 1982, la Convención formula deberes específicos de los Estados en orden a la identificación, protección, conservación y transmisión del Patrimonio Cultural y Natural sito en su territorio.

[7] Sobre la interacción entre el ordenamiento jurídico internacional y la consagración constitucional de la protección del Patrimonio Cultural, v. HÄBERLE, P.: "La protección constitucional…", cit., págs. 37-38.

[8] V. VAQUER CABALLERÍA, M.: *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española,* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, págs.76-77.

naturaleza socio-económica, aparecen otros que tiene por objeto la cultura o el medio ambiente.

El artículo 46 se vincula a otros preceptos diseminados a lo largo de la Constitución que contienen referencias a la cultura o a valores vinculados a la cultura y especifican tareas de los poderes públicos de carácter cultural o educativo[9]. En este sentido, se habla de una "función cultural" de los poderes públicos[10] o, incluso, se afirma la consagración implícita por el constituyente de un Estado de cultura, como categoría constitucional dotada de sustantividad propia frente al Estado social[11].

En cualquier caso, el constituyente, consciente de la estrecha conexión entre cultura y calidad democrática y eficacia real de las

---

[9] Artículos 3.3; 9.2; 20.1.b) y c); 27; 43.3; 44; 46; 48; 50; 51.2; 148.1.15ª, 16ª y 17ª; 149.1.15ª28ª, 30ª; y 149.2 de la Constitución.

[10] Así R. ALONSO IBÁÑEZ considera la cultura como contenido de la procura existencial y vincula la actividad administrativa en el Patrimonio Histórico a la idea de prestaciones vitales, en *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural,* Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 51 y 52.

[11] La categoría constitucional "Estado de cultura" es acuñada por la doctrina germánica a partir de la Constitución de Weimar y ha llegado a alcanzar consagración constitucional expresa en la Constitución del *Land* de Baviera de 1946. Destaca como exponente doctrinal la obra de P. HÄBERLE, especialmente la compilación *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht,* Darmstadt, 1982, y *Kulturverfassungsrecht im Bundestaat,* Ed. Braumueller, Viena, 1980. También ha encontrado eco en Italia, singularmente en la obra de E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana,* Morano editore, Nápoles, 1961. En España, J. PRIETO DE PEDRO defiende la posibilidad de sostener la autonomía de la cláusula de "Estado de cultura", respecto a las clásicas y, especialmente, respecto a la de "Estado social", por la insuficiencia de éstas para garantizar las manifestaciones culturales, en *Cultura, culturas y constitución,* Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 218-224. En el mismo sentido, M. VAQUER CABALLERÍA, que señala como singularidad del Estado de cultura la consideración de la política cultural como un fin en sí mismo y no como instrumento de desarrollo socio-económico, en *Estado y cultura*…, cit., págs. 77-80.

libertades[12], ha hecho explícito en el artículo 9.2 de la Constitución el deber de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida *cultural,* como presupuesto necesario para alcanzar la libertad e igualdad *en sentido real* de los individuos y de los grupos en que se integran, horizontes últimos del Estado social. La actividad de los poderes públicos de contenido cultural se justifica en última instancia en garantía del libre desarrollo de la personalidad, citado en el artículo 10.1 de la Constitución como fundamentos del orden político y de la paz social. El acceso a la cultura, del que se hace garante a los poderes públicos en el artículo 44 de la Constitución, constituye presupuesto necesario para alcanzar la meta citada[13].

El artículo 46 se ubica tras el principio rector que consagra el derecho al medio ambiente y la función ambiental de los poderes públicos y antecede a la formulación del derecho a la vivienda digna. En este sentido, como acreditan los debates parlamentarios[14], y la doctrina ha subrayado[15], el constituyente ha querido reunir en

---

[12] V. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico…,* cit., pág. 52; P. HÄBERLE, "La protección constitucional…", cit., págs. 32-33.

[13] A. E. PÉREZ LUÑO subraya el poder de humanización y emancipador del arte y de la cultura como justificación del deber de garantizar su accesibilidad a los ciudadanos en "Artículo 46", en VVAA (dir. O. ALZAGA VILLAAMIL) *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* Ed. EDERSA, 1996, págs. 292 y 295. En la misma línea, R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural,* cit., págs. 52-53.

[14] Una reseña de los debates parlamentarios en J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, tomo I, págs. 267-277.

[15] V. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural", *REDA,* núm. 39, 1983, págs. 575-591; C. BARRERO GONZÁLEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio*

preceptos próximos aquellas determinaciones relativas al ambiente entendido en sentido amplio, como espacio en el que los seres humanos se desenvuelven, en su dimensión natural (art. 45), cultural (art. 46) y urbana (art. 47), antecedidos por el derecho de acceso a la cultura (art. 44). Especialmente vinculados se encuentran los artículos 45 y 46: en la consagración en artículos distintos de las determinaciones constitucionales relativas al ambiente natural y al patrimonio histórico pesa más el deseo de subrayar su trascendencia como objeto de la acción de los poderes públicos, que una voluntad diferenciadora[16]. Sin negar que los respectivos ordenamientos sectoriales que fundan estos artículos poseen su propio objeto, existen determinados ámbitos en los que la normativa ambiental y la del Patrimonio Cultural son secantes, particularmente, en la protección de bienes radicados en el territorio[17].

Histórico, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 187, 193; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura…,* cit., pág. 257, 268.

[16] De hecho, es común que los textos constitucionales recojan estas referencias en un solo precepto. Pueden citarse como ejemplos cercanos el artículo 45 de la Constitución Española de 1931, el artículo 9 de la Constitución italiana o el artículo 24 de la Constitución griega. También en el ámbito internacional se hace patente la conexión, como ilustra la Convención UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972.

[17] En este punto, han de traerse a colación aquellas concepciones del medio ambiente que integran en éste los elementos territoriales de factura humana. De esta idea se hizo eco el Tribunal Constitucional en la STC 102/1995, de 26 de junio, en la que ensaya una definición de medio ambiente. La conexión entre medio ambiente y patrimonio cultural se produce, especialmente, a través de la noción de paisaje, concepto de connotaciones estéticas, que aúna elementos naturales y culturales (FJ 6º), si bien a efectos de resolución de litigios competenciales el concepto de medio ambiente se depura de otros elementos que encuentran un reconocimiento específico en los listados de los artículos 148.1. y 149.1 CE; v. comentario al respecto de F. LÓPEZ MENUDO, "Concepto de medio ambiente y reparto competencial", en VV. AA. (coord. D. J. VERA JURADO), *Derecho ambiental de Andalucía,* Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 35-39. En todo caso, la protección del paisaje constituye una dimensión de la protección ambiental que habrá de ser

El artículo 46, como la mayoría de los que componen el Capítulo III del Título I de la Constitución, se traduce en un mandato a los poderes públicos de realización de tareas en sentido positivo que tienen como objeto la transformación de la realidad social. En este sentido, la utilización de un tiempo verbal futuro en su redacción pretende subrayar el papel transformador, no conservador, que corresponde a los poderes públicos -cada uno en la

---

reforzada a raíz de la ratificación por España el 26 de noviembre de 2007 de la Convención Europea del Paisaje del 2000.

En el nivel legislativo se aprecian las recíprocas incursiones de lo natural y lo cultural en los respectivos ordenamientos sectoriales. Así, la normativa ambiental dispensa protección a bienes de valor cultural, así lo acreditan la obligada consideración de los valores culturales en la evaluación ambiental de proyectos de obras y actividades (Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos), en la evaluación ambiental estratégica (Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente), e incluso, en ámbitos no vinculados directamente al territorio (por ejemplo, la Ley 37/2003, de 18 de noviembre, del Ruido, toma en cuenta la presencia de bienes de patrimonio histórico para la fijación de los objetivos de calidad acústica; del mismo modo que la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, lo contempla como uno de los factores a tener en cuenta en el establecimiento de los objetivos de calidad del aire y de los umbrales de alerta). Asimismo, es llamativa la importación de léxico e instrumentos tradicionales de la normativa cultural –monumentos, inventarios, catálogos…- en la legislación ambiental que ha conducido, finalmente, a rubricar la disposición estatal básica sobre espacios naturales como Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (Ley 14/2007, de 13 de diciembre), en línea, a su vez, también, con la nomenclatura empleada en la Convención de la UNESCO de 1972.

Por su parte, la legislación del Patrimonio Cultural contempla como objeto de tutela bienes portadores de valores naturales, por ejemplo, a través de las figuras del jardín histórico o del sitio histórico. La legislación autonómica avanza hacia el diseño de categorías de tutela de espacios que integren valores ambientales y culturales (parques culturales, zonas patrimoniales…). Sobre la consideración de los espacios culturales como elementos del medio ambiente (ambiente cultural) que, no obstante, reciben una tutela específica desde la legislación cultural, v. M. R. ALONSO IBÁÑEZ, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística,* Ed. Universidad de Oviedo y Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 25-29.

medida de sus competencias- en un Estado social[18]. A diferencia del artículo precedente con el medio ambiente, el artículo 46 literalmente no consagra un derecho al Patrimonio Cultural. Lo que no ha impedido a la doctrina considerar que se reconoce implícitamente en razón de la conexión existente entre los artículos 44 y 46: la tutela y promoción del Patrimonio Cultural cumple una función instrumental respecto al derecho de acceso a la cultura, por lo que éste reclama el acceso de la ciudadanía a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural[19]. En cualquier caso, no puede deducirse un derecho subjetivo directamente del texto constitucional en la medida en que la cláusula de eficacia de los principios rectores, contenida en el art. 53.3 CE, hurta a los derechos que se formulan en el Capítulo III del Título I de la Constitución su justiciabilidad *ope constitutionis*[20] y deja

[18] Se debe a la enmienda núm. 32, formulada por el Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes en el Senado la propuesta de sustituir el tiempo verbal presente de la redacción original por el futuro, siendo aprobada sin ningún voto en contra en la Comisión de Constitución del Senado; v. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., Tomo I, págs. 270-277.

[19] Así A. E. PÉREZ LUÑO, "Artículo 48", cit., pág. 295 y R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico…,* cit., pág. 127.

[20] Una negación explícita de la consideración de los principios como derechos subjetivos en el ATC 241/1985, de 17 de abril. No obstante, sí ha podido inferirse un derecho subjetivo a exigir el cumplimiento de la legislación dictada en desarrollo de algunos "derechos" consagrados en el Capítulo III del Título I de la Constitución Española, merced a una interpretación flexible de la legitimación procesal en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así ha sucedido en relación al derecho al medio ambiente del artículo 45, en particular, tras la STC 34/1994, de 31 de enero. V. F. LÓPEZ MENUDO, "El derecho a la protección del medio ambiente", *RCEC,* núm. 10, 1991, págs. 193-197 y T. QUINTANA LÓPEZ, "Legitimación procesal y defensa del ambiente: a propósito de la STS de 3 de diciembre de 2001", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental,* núm.4, 2003, págs. 139-142.

enteramente en manos del legislador el reconocimiento y configuración de posiciones jurídico-subjetivas[21].

La eficacia del mandato del artículo 46 es análoga a la de los restantes principios que integran el Capítulo III del Título I de la Constitución Española[22]. En este sentido, su principal virtualidad reside en orientar la aplicación del ordenamiento jurídico por parte del poder judicial y de las administraciones públicas, priorizando la adopción de aquellas decisiones que mejor garanticen la consecución de los objetivos que traza la Constitución[23]. Más limitada es su capacidad para vincular al poder legislativo. En primer término, no existe un cauce jurídico que remedie específicamente la inactividad legislativa a la hora de dictar la regulación que dé satisfacción al mandato constitucional[24]. Tampoco cabe derivar de la formulación constitucional un efecto de congelación de un determinado nivel de protección normativamente consagrado frente a futuras reformas

---

[21] V. M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura*…, cit., pág. 269.

[22] Una síntesis al respecto puede encontrarse en F. LÓPEZ MENUDO: "El derecho a la protección del medio ambiente", cit., págs. 172-183.

[23] Un ejemplo explícito en materia de Patrimonio Cultural, la STS de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8649)

[24] No existe un recurso de inconstitucionalidad por omisión como no existe un recurso contencioso-administrativo frente a reglamentos no dictados: en materia normativa, las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa son estrictamente revisoras. La hipótesis planteada es, en gran medida, de laboratorio, toda vez que la consagración constitucional de este tipo de principios rara vez se produce sin que exista previamente un mínimo "colchón" normativo, por lo que las omisiones suelen tener sólo alcance relativo. Sobre las soluciones ensayadas en la jurisprudencia constitucional comparada para remediar este problema, v. F. J. DÍAZ REVORIO, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo", *REDC*, núm.61, 2001, págs. 81-130.

legislativas a la baja[25]. En cambio, los principios rectores sí habilitan la declaración de inconstitucionalidad de aquellas regulaciones que radicalmente eliminaran o hicieran materialmente imposible el logro de los fines constitucionalizados[26].

El objeto del artículo 46, sobre el que recae la acción de los poderes públicos, es el "patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España". El término patrimonio, que goza de cierta tradición en la legislación sectorial cultural[27], se emplea en sentido

---

[25] Especialmente evidente en aquellos principios constitucionales que deparan prestaciones que impliquen un gasto público. El Tribunal Constitucional rechaza que el Estado social consagre el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales, si bien, exige que las reformas a la baja no se emprendan "sin razón suficiente", v. STC 81/1982, de 21 de diciembre.

[26] En la materia que venimos tratando, sería el caso de una reforma del Código Penal que eliminara la tipificación específica o los agravantes en delitos que recaigan sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural. Muy ilustrativa resulta la STS de 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9269), en la que como *obiter dicta* plantea la eventual inconstitucionalidad por vulneración del artículo 45 de aquéllas disposiciones "en las que se autorizasen inmisiones o vertidos en límites peligrosos e inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y de incuestionable rigor científico" (FJ 12º. 4).

[27] Se debe a la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico, la introducción del término "Patrimonio" en esta materia (Gaceta de Madrid, núm. 145, de 25 de mayo de 1933). Convive en el texto con la expresión "Tesoro", procedente del Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926, del Tesoro Artístico Arqueológico Nacional (Gaceta de Madrid, núm. 227, de 15 de agosto), que era precisamente el término empleado en el artículo 45 de la Constitución de 1931. El arraigo del término patrimonio en la legislación histórico-artística justificaría que finalmente se impusiera a "legado", que figuraba en el artículo 39 del Anteproyecto de la Constitución, más afín al término anglosajón *heritage* y que pone el acento en la idea de trasmisión de un acervo cultural gestado por las generaciones pasadas. Se debe inicialmente a la enmienda 492, formulada por el Grupo Mixto en el Congreso, la propuesta de sustitución de "legado" por "patrimonio", sin que fuera adoptada ni por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas ni por el Pleno del Congreso. Se retomaría la propuesta en el Senado, mediante la enmienda 781 del Grupo Entesa dels Catalans, finalmente aprobada en la Comisión de Constitución; v. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., tomo I, págs. 267-270, 274-276.

impropio, alejado de su significación técnico-jurídica, o al menos, de aquellas definiciones del patrimonio que sitúan en la titularidad por un sujeto de Derecho la clave para la construcción de su concepto[28]: ni los pueblos de España son un sujeto reconocido por el ordenamiento jurídico ni la relación que liga a éstos con los bienes que componen el Patrimonio Histórico es de naturaleza dominical, como expresa la propia redacción del precepto al someterlos a la tutela de los poderes públicos "cualquiera que sea su régimen jurídico y su *titularidad*". Figuradamente, el uso del artículo 46 entronca con cierta concepción finalista del patrimonio, en la medida que acierta a expresar como la diversidad de bienes portadores de valores culturales se unifican en razón de la misión que cumplen como instrumentos de promoción cultural[29].

La adjetivación que recibe el Patrimonio –histórico, cultural, artístico- expresa la evolución experimentada en la formulación de los valores objeto de tutela por la legislación sectorial. En este sentido, el adjetivo "cultural", el último en incorporarse a nuestro léxico jurídico[30], representaría el valor de síntesis, en tanto que los

---

[28] V. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica…*, cit., págs.153-159.

[29] Precisamente, en la disociación que puede apreciarse en la redacción del artículo 46 entre el régimen patrimonial de los bienes del Patrimonio Cultural –valga la redundancia- y la atribución a los pueblos de España del valor que incorporan tales bienes, como instrumento de promoción cultural, se han encontrado ecos de la teoría de los bienes culturales, tal y como la formulara GIANNINI en su clásico trabajo "I beni culturali", en *RTDP,* 1976, págs.5-38. V. R. ALONSO IBÁÑÉZ, *El patrimonio histórico…*, cit., pág. 123, 125; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura…*, cit., pág. 238. Críticamente, C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica…*, cit., págs. 156-157.

[30] Se debe al precursor Real Decreto-Ley, de 9 de agosto de 1926, del Tesoro Artístico Arqueológico Nacional, la introducción de la consideración "cultural" al definir su objeto: "conjunto de bienes muebles e inmuebles dignos de ser

adjetivos "histórico" y "artístico" constituirían manifestaciones específicas de lo cultural, vinculadas en su origen a planteamientos anticuaristas o esteticistas, que se consignan expresamente en la Constitución por la tradición de que gozan en el ordenamiento[31], o acaso como límite a la potestad de configuración del legislador, al precisar aquellas expresiones culturales cuya protección se considera por el constituyente un mínimo irrenunciable[32]. En este sentido, se critica que la redacción constitucional no acierte a reflejar la relación de género a especie que media entre lo "cultural", de una parte, y lo "histórico" y "artístico", de otra[33], produciendo, por el contrario, una cierta sensación de aleatoriedad en la enumeración.

El adjetivo cultural se "populariza", jurídicamente hablando, con la acuñación del término "bienes culturales", empleado por primera vez en la Convención para la protección de los bienes

---

conservados para la Nación por razones de Arte y Cultura" (art. 1), concepto que se asumiría en el artículo 45 de la Constitución de 1931.

[31] J. PRIETO DE PEDRO describe "[…] un proceso gradual e ininterrumpido de lo concreto a lo abstracto en la construcción del concepto", en el que los adjetivos "histórico" y "artístico", estrechamente vinculados al diseño institucional de la protección del patrimonio organizado en torno a las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes, resumían históricamente la variedad de valores que integraban el Patrimonio. Así sería hasta la incorporación del adjetivo "cultural" que, además de constituir una categoría más abierta y flexible, es reveladora de una renovación conceptual en el sector, propiciada por el ascenso de la Antropología"; en "Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución", en VVAA (coord. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), *Estudios sobre la Constitución Española,* Tomo II "De los derechos y deberes fundamentales", Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 1554-1559.

[32] V. C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica*…, cit., pág. 175.

[33] V. C. BARRERO RODRÍGUEZ, supra, pág. 175; J. PRIETO DE PEDRO, "Concepto y otros aspectos…", cit., pág. 1564. En este sentido, el artículo 45 de la Constitución de 1931 ofrecía una redacción más rigurosa.

culturales en caso de conflicto armado de 1954[34]. A partir de su utilización en el célebre informe de la Comisión Franceschini[35], sería objeto de amplios desarrollos doctrinales en Italia, de entre los que destaca la construcción dogmática que GIANNINI realizara en su clásico trabajo "*I beni culturali*"[36]. Al margen de la influencia que esta concepción doctrinal haya podido tener en la constitucionalización del adjetivo "cultural"[37], lo cierto es que su utilización para calificar el patrimonio dota al término de mayor flexibilidad y permite que pueda dar cobijo a las más diversas manifestaciones de la creación humana– ya sean actuales o que en el futuro pudieran estimarse dignas de protección-, que compartirían la capacidad para constituir instrumentos con los que satisfacer el derecho consagrado en el artículo 44 de la Constitución. El valor o interés arqueológico, en la medida en que es expresivo de la capacidad de ciertos bienes materiales para generar conocimiento cultural sobre el pasado, a resultas de la aplicación de determinadas técnicas o metodologías, queda recogido tanto por el adjetivo "cultural" y parcialmente por el adjetivo "histórico" -que ha sido precisamente el que nuestra

---

[34] Hecha en La Haya, el 14 de mayo de 1954, ratificada por España el 7 de julio de 1960.

[35] La "*Relazione della Commisione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artístico e del paesaggio*" es el informe elaborado por la Comisión presidida por Francesco Franceschini que, por encargo del legislativo, debía analizar necesidades que afectaban a la tutela y protección de los bienes con valor cultural. Puede consultarse en *Rivista Trimmestrale di Diritto Pubblico* (*RTDP*), vol. 1966, págs. 119-244.

[36] Publicado en *RTDP,* vol. 1976, págs. 3-38.

[37] Así lo entiende E. GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el constituyente habría asumido como propia la construcción de Giannini, en especial a la luz del artículo 44 CE, en "Consideraciones sobre…", cit., págs. 581-584.

tradición legislativa ha aplicado a los bienes de esta naturaleza y del que constituían su expresión paradigmática.

Al referir a los pueblos de España el citado patrimonio, el constituyente hace explícito un reconocimiento del pluralismo cultural[38], en sintonía con el proceso de descentralización política que habría de inaugurar la Constitución de 1978, en la misma línea que marca la mención a los pueblos de España que recoge el Preámbulo, en el que se proclama la voluntad de la Nación española de proteger "sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones"; o que el artículo 3.3, que califica como patrimonio cultural, objeto de especial respeto y protección, la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España[39]. La referencia a los pueblos, como titulares del Patrimonio Cultural, entronca con la imposibilidad de ceñir las manifestaciones culturales a trazados de fronteras políticas o administrativas, como también manifiestan los instrumentos jurídicos internacionales, en los que se traza una conexión entre los pueblos del mundo y las creaciones culturales[40]. La opción de nuestro constituyente tampoco

---

[38] Como acredita que no prosperasen otras redacciones alternativas: así, la enmienda 166, propuesta por el senador Camilo José Cela, para sustituir la expresión "pueblos de España" por "España", y la enmienda 879, del senador Calatayud Maldonado, que añadía una referencia a la "nación española"; v. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., Tomo I, págs. 272-275.

[39] V. J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y constitución,* págs. 118-130; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura…*, cit., pág. 175; R. ENTRENA CUESTA, "Artículo 46", en VV.AA. (coord. F. GARRIDO FALLA), *Comentarios a la Constitución,* Ed. Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001, pág. 923. Por su parte, A. E. PÉREZ LUÑO asocia la referencia a los pueblos con la recepción de una visión democratizadora de la cultura, superadora de la visión tradicional elitista, en "Artículo 46", cit., pág. 292.

[40] Véase, por ejemplo, la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 o la Convención para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972.

implica negar la existencia de realizaciones culturales de alcance global en nuestro país, que vertebren culturalmente España. Por otra parte, de igual manera que la normativa internacional contempla las contribuciones culturales de los pueblos del mundo como aportaciones a la civilización mundial, las manifestaciones culturales de los pueblos de España nutren el Patrimonio español[41].

La relación que vincula a los pueblos de España con los bienes que integran su patrimonio no posee, como se dijo arriba, carácter dominical, ni es necesariamente expresiva de autoría, ya que también se integran en el Patrimonio español las obras de autores extranjeros. Tampoco consagra un criterio de territorialidad, que atienda a la ubicación geográfica de los bienes[42], si bien esta circunstancia funciona como indicio o punto de partida para la adscripción. El criterio determinante radicaría más bien en la intensidad del vínculo que se establece entre el valor del bien y el ambiente cultural en que se inserta, lo que se ha dado en llamar "huella cultural"[43].

Junto a los pueblos de España, a quienes se vincula el Patrimonio, la otra referencia subjetiva del artículo 46 son los poderes públicos, verdaderos destinatarios del precepto. Todos ellos, en la medida de sus competencias, se ven compelidos por el

---

[41] M. VAQUER CABALLERÍA apunta la falta de concordancia en la redacción del artículo 46 entre el plural de los pueblos y el singular del patrimonio como expresiva de un patrimonio cultural común, en *Estado y cultura…*, cit., pág. 176.

[42] Debe subrayarse como en el curso de la tramitación del precepto en el Congreso se suprimió el inciso del Anteproyecto que restringía la actividad de los poderes públicos a los bienes radicados en el territorio español, al aceptarse en el informe de la Ponencia la enmienda 779 del Grupo Parlamentario de la UCD. v. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., Tomo I, págs. 269-270.

[43] V. M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura…*, cit., págs. 262-265.

constituyente al cumplimiento de una doble tarea: a la conservación, deber de los poderes públicos tradicionalmente consignado en nuestro ordenamiento, se añade la promoción del enriquecimiento de los bienes que integran el Patrimonio. De esta forma, el artículo 46 acoge una visión dinámica del papel de los poderes públicos respecto al Patrimonio: junto al acrecentamiento en términos cuantitativos -lo que sólo puede venir de la mano de un régimen que favorezca las libertades individuales con cuyo ejercicio se nutre[44]-, la promoción del enriquecimiento presentaría una dimensión cualitativa, consistente en garantizar que los bienes que integran el Patrimonio efectivamente atienden la misión de promoción cultural que marca el artículo 44, requiriendo de los poderes públicos una actividad de puesta en valor que posibilite su fruición[45].

1.2. La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Cultural

Dentro del complejo esquema de distribución competencial que trazan la Constitución y los Estatutos de Autonomía, posiblemente la cultura y, específicamente, el Patrimonio Cultural se cuenten entre aquellas materias donde los criterios de reparto resultan más inaprehensibles. Las dificultades arrancan de la propia

---

[44] Al respecto se citan la libertad religiosa (art. 16 CE) y las libertades de creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b) CE). Sobre la cultura, como fundamento y a la vez producto del ejercicio de libertades, v. P. HÄBERLE, "La protección constitucional…", cit., págs.32-33.

[45] En este sentido se expresan R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico…*, cit., págs. 126-128; J. PRIETO DE PEDRO, "Concepto y otros aspectos…", cit., pág. 1566; y M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura*…, cit., págs. 266-267.

redacción constitucional, que adopta una fórmula singular de reparto para el Patrimonio Cultural en el contexto de los artículos 148 y 149 CE, lo que impide que para su clarificación podamos servirnos de la abundante doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en el deslinde de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en otras materias que siguen patrones más comunes de distribución.

ZACCARIA señaló, en una cita que se ha hecho clásica, las dificultades que presenta cualquier reparto de competencias que pretenda definir ámbitos excluyentes de actuación en materia cultural, pues la cultura "viene a formar parte de la competencia propia e institucional de cualquier tipo de ente territorial, expresión inmediata de una comunidad: y ello prescindiendo de todo reconocimiento y de todo reparto rígido de competencias"[46]. De ahí que, según MUÑOZ MACHADO, "por su propia naturaleza, la cultura no es, como regla, susceptible de un reparto entre los poderes públicos, sino que admite y requiere una intervención paralela o concurrente de todos ellos"[47], argumento del que se hizo eco el propio Tribunal Constitucional[48].

---

[46] R. ZACCARIA, "Articolo 49. Attività di promozione educativa e culturale", en VV. AA. (dir. A. BARBERA y F. BASSANINI), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti local,* Ed. Il Mulino, Bolonia, 1978, págs. 312-313. La traducción se toma de S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas,* 1º. Ed., Ed. Civitas, Madrid, 1982, vol. I, págs. 576-577.

[47] S. MUÑOZ MACHADO, *supra,* pág. 577.

[48] La STC 49/1984, de 5 de octubre, recoge en su fundamento jurídico 6º, casi literalmente, el argumento, al tratar las relaciones entre la competencia autonómica de fomento de la cultura del artículo 148.1.17ª CE y la función que al Estado reconoce el artículo 149.2 CE: "[…] la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir de otras Comunidades, pues *allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias*, dentro de lo que entendido en un sentido no

El reparto de competencias en materia de cultura presentaba, además, en el caso español, unos condicionantes que lo hacían aún más complejo. En este sentido, no es ajena a la singularidad de la redacción y a la ambigüedad de algunos de los términos que se emplean, la lucha entre las diversas concepciones latentes sobre la cultura española y, más específicamente, las relaciones entre aquélla y las culturas particulares de los distintos territorios. Durante la tramitación constitucional se sentía como inaplazable la necesidad de rendir el oportuno reconocimiento a las culturas de ámbito infraestatal, cristalizando en numerosas referencias a lo largo de la Constitución[49]. Esta circunstancia se tiene por la principal justificación del proceso de descentralización política territorial que se emprende a partir de 1978[50], de ahí que el reconocimiento de un campo de actuación preferencial en la cultura a las nuevas instancias

---

necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». Esta es la razón a que obedece el artículo 149, 2, de la CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que *más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente*".

[49] Así, pueden citarse, la voluntad de la Nación española expresada en el Preámbulo de proteger a los pueblos españoles en el ejercicio de sus culturas, tradiciones y lenguas; la consideración como patrimonio cultural objeto de especial respeto y protección de las diversas modalidades lingüísticas que se hablan en España (art.2.2 CE); el respeto del pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas del Estado como requisito de la regulación de los medios de comunicación públicos (art. 20.3 CE); la referencia a los pueblos de España como titular del patrimonio histórico, cultural y artístico sobre el que recae la acción de los poderes públicos (art. 46 CE).

[50] El derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones que reconoce el art. 2.1 CE se ejerce a través de un procedimiento que habrían de poner en marcha las provincias limítrofes "con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica" (art. 143.1 CE)

territoriales no podía ser sino su natural corolario. Pero, advertida esta necesidad, no existía una idea consensuada respecto al papel que correspondía jugar al Estado, si es que debía jugar alguno, en el terreno cultural. Las complejas relaciones entre unidad y pluralismo cultural[51] explican en gran medida el *iter* constituyente y la peculiar redacción de algunos preceptos que intentan articular aquéllas.

Posteriormente, ni el legislador estatal, ni la jurisprudencia constitucional ni la legislación autonómica sobrevenida han terminado de despejar las dudas que arrojan los textos constitucional y estatutarios. Por el contrario, cuando nos asomamos al panorama normativo y de gestión administrativa del Patrimonio Cultural en nuestro país se tiene la impresión de haber arribado a un *statu quo* marcado por la abdicación del Estado de la lectura que inicialmente realizara del reparto de competencias -lectura en cierta medida avalada por el Tribunal Constitucional- y por una abundante legislación de las Comunidades Autónomas que, ya sea por convicción o por emulación, se han lanzado a diseñar su propio régimen jurídico del Patrimonio Cultural, que, aunque inspirado en gran medida en el que trazara la LPHE en 1985, ha desplazado la aplicación de la norma estatal dejando en la mayor de las oscuridades el papel que al Estado corresponde desempeñar en virtud de los títulos que la Constitución le reconoce.

---

[51] Sobre estas cuestiones, deben citarse los trabajos de J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, cit., en especial págs. 101-192 y 250-275 y "Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico", *Documentación administrativa*, núm. 232-233, 1992-1993, págs. 35-56. Ver también, A. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 17-33 y M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura*…, cit., págs. 174-177.

Podría decirse que en esta materia existe un cierto divorcio entre lo que por procedimientos lógicos pudiera deducirse -no sin dificultades- de la Constitución y los Estatutos, y lo que ha sido la práctica legislativa y administrativa. De ahí que las afirmaciones de orden burocrático-competencial que pudieran hacerse a partir del Derecho positivo y de lo que constituye la práctica administrativa estén en cierta medida preñadas de la inseguridad de lo puramente fáctico. Por esta razón, en este apartado pondremos el acento en presentar el reparto de competencias que entendemos se deriva de la Constitución y de los Estatutos, con las referencias específicas que requiere el Patrimonio Arqueológico, para, seguidamente, exponer la traducción legislativa que se ha hecho del mismo por las instancias territoriales implicadas.

1.2.1. Las determinaciones del bloque de la constitucionalidad

La originalidad del modelo de descentralización que inaugura la Constitución Española, caracterizado, como es bien sabido, por diferir al legislador el cierre del diseño territorial del Estado[52], determinó la importación desde Francia del concepto de *bloque de la constitucionalidad* para designar aquellos instrumentos normativos que, junto a la Constitución, es preciso considerar para conocer con exactitud el reparto de competencias en una materia y que son

[52] En este punto es obligada la cita al clásico trabajo de P. CRUZ VILLALÓN "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* núm. 4, 1982, págs. 53-63, en el que formula su conocida tesis de la desconstitucionalización del modelo territorial del Estado. Sobre las consecuencias de una recepción acrítica de esta tesis, L. PAREJO ALFONSO: "La organización territorial del Estado: ¿proceso a continuar u obra a culminar", *Justicia administrativa,* núm. 31, 2006, págs. 5-28.

empleados por el Tribunal Constitucional como parámetro para la resolución de controversias competenciales[53]. Por esta razón, abordaremos en primer término el tratamiento que depara la Constitución para, seguidamente, detenernos en las distintas fórmulas empleadas en los Estatutos de Autonomía a la hora de asumir competencias sobre el Patrimonio Cultural.

1.2.1.1. La Constitución

Antes de entrar en las determinaciones sobre cultura y patrimonio cultural, es preciso exponer someramente las líneas maestras del proceso de descentralización territorial que sienta la Constitución. Ésta ofrece un marco –la regulación del Título VIII y el complemento de un par de disposiciones- en el que se desenvuelve el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones que reconoce el artículo 2 CE. El ejercicio de este derecho se produce de acuerdo con la lógica del "*principio dispositivo*", expresión con la que se ha querido aludir a la libertad que la Constitución reconoce a los actores del proceso de descentralización para elegir el momento de ejercicio de la iniciativa autonómica, el ámbito territorial de la misma, el cauce procedimental seguido y el *quantum* de competencias que asumen los nuevos entes autónomos[54].

---

[53] Sobre el origen del concepto "bloque de la constitucionalidad", su adopción en España y la distinta extensión con que ha sido entendido por la jurisprudencia y la doctrina, v. L. FAVOREU y F. RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Ed. Civitas y Universidad de Sevilla, Madrid, 1991.

[54] V. la monografía de E. FOSSAS ESPADALER, *El principio dispositivo en el Estado autonómico,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, sobre la incorporación del principio dispositivo en la Constitución de 1978 así como sus límites.

En este contexto, las competencias de las Comunidades Autónomas son competencias de atribución, pues su número y alcance dependerá en última instancia de lo que prevea el Estatuto de Autonomía, en tanto que las competencias estatales poseen naturaleza originaria, ya que derivan directamente de la Constitución, ya sea por estar expresamente reservadas al Estado (art. 149.1 CE), ya sea porque le corresponden subsidiariamente todas las que las Comunidades Autónomas no asumieron en sus Estatutos (art. 149.3 CE)[55]. Los Estatutos de Autonomía operan, de este modo, "*sustrayendo*" competencias de un fondo genérico de competencias originarias del Estado[56].

El sistema de distribución de competencias pivota sobre dos listas que contempla la Constitución: las competencias que se ofrecen a los territorios para que puedan ser asumidas en sus Estatutos de Autonomía (art. 148.1 CE) y las que se reservan al Estado (art. 149.1 CE). Estas dos listas suponen, a su vez, el establecimiento (al menos en la primera fase del proceso de descentralización) de dos diversos límites a las Comunidades Autónomas que se constituyan, dos diversos techos competenciales. Con carácter general, los territorios

---

[55] Difiere de este planteamiento C. VIVER PI i SUNYER, quien, partiendo del dogma del "legislador completo", sostiene que tanto las competencias del Estado como las autonómicas son de atribución, estando expresadas las del primero en el primer apartado del artículo 149. La principal consecuencia que se deriva de este planteamiento es una aplicación limitada y excepcional de la cláusula de competencia residual del Estado expresada en el artículo 149.3 CE. V. de este autor, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional,* Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 93-95. Esta postura parece haber sido asumida en los últimos tiempos por el TC, que tiende a una interpretación expansiva de las materias para evitar la aplicación del artículo 149.3 CE; v. un análisis de la jurisprudencia al respecto en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico,* Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 143-158.

[56] Esta es la imagen empleada en la STC 146/1992, de 16 de octubre (FJ 1º.)

que accedían a la autonomía por la vía del artículo 143 CE encontraban inicialmente en el listado del artículo 148.1 CE el único ámbito en el que les era lícita la asunción de competencias, ampliable a nuevas materias y funciones, mediante reforma de sus estatutos pasados cinco años desde su adopción o, en cualquier momento, por decisión unilateral del Estado, mediante ley de transferencia o delegación del artículo 150.2 CE. Por su parte, los territorios que accedieran a la autonomía por el cauce del artículo 151 CE (o por el atajo facilitado en la Disposición Transitoria Segunda a determinados territorios) podían ir más allá del listado del artículo 148.1 CE hasta el límite que marca el 149.1 CE, que traza la reserva de competencias estatales.

Tanto en el listado del artículo 148.1 CE como en el del 149.1 CE se hallan diversas referencias a la materia cultural así como alusiones específicas al patrimonio. Del lado del artículo 148.1 CE, se encuentran los números 14ª (artesanía), 15ª (museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma), 16ª (patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma) y 17ª (fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma). En el artículo 149.1 CE han de citarse los números 15ª (fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica), 27ª (formas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas), 28ª (defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas); y,

separadamente, de la relación general de competencias reservadas al Estado, el apartado 2 ("sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas").

En esta relación se observa cómo tanto entre las competencias que se ofrecen a las Comunidades Autónomas como entre las que se reservan al Estado se produce una doble aproximación a la cultura: mediante una referencia genérica o inespecífica (la competencia de fomento de la cultura del 148.1.17ª CE, o el deber estatal del servicio de la cultura del art. 149.2 CE) y mediante referencias a manifestaciones parciales o concretos fenómenos culturales, entre los que se cuenta el Patrimonio Cultural. Esta circunstancia obliga a interpretar el sentido de las cláusulas generales de competencia en materia de cultura teniendo presentes las alusiones específicas que contienen los restantes apartados de los artículos 148 y 149 CE: lo que se entienda por fomento de la cultura o servicio de la cultura, ámbitos en los que la doctrina, en líneas generales, aprecia una verdadera concurrencia competencial entre Comunidades Autónomas y Estado[57], habrá de determinarse excluyendo

[57] El término competencias concurrentes no es siempre empleado en el mismo sentido por la doctrina, con frecuencia se utiliza para referirse a competencias compartidas. Aquí se emplea en el sentido que utilizado por S. MUÑOZ MACHADO para describir los supuestos en que Estado y Comunidades Autónomas tienen atribuidas funciones de la misma naturaleza sobre la misma materia, v. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* vol. I, cit., pág. 359. Son muchos los autores que coinciden en el carácter concurrente o indistinto de las competencias autonómica y cultural sobre la cultura, una relación de todos ellos en J. ESTEVE PARDO, "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura (Comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal

previamente aquellas materias que, aún entroncando con la cultura en sentido general, reciben un tratamiento particular en los artículos 148 y 149 CE. Profundizando en esta consideración, desde posiciones proautonomistas, se ha entendido que el artículo 149.2 CE, deliberadamente excluido de la enumeración de títulos competenciales que se reservan al Estado en el apartado anterior, no constituiría propiamente una norma atributiva de competencia, sino más bien una capacitación del Estado para el desarrollo de funciones ejecutivas en materia de fomento y servicio público cultural[58]. En todo caso, poner el foco en la cultura en términos generales, en lugar de atender a los artículos 148.1 y 149.1 CE privaría de sentido el reparto de competencias que realizan sobre materias concretas[59].

Constitucional", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Public,* núm. 4, 1986, págs. 98-99.

[58] V. J. ESTEVE PARDO, "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas…", cit., págs.. 107-108 y más ampliamente, R. CARRASCO i NUALART, "La distribució de competencies entre l'Estat i la generalitat de Catalunya en materia de cultura", *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, 1990, págs. 92-93.

[59] En este sentido, v. J. ESTEVE PARDO, ob. cit., págs. 102, 106; R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico…*, cit., págs. 65-66. No se trata, sin embargo, de una doctrina que se haya asentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como señala C. VIVER i PI-SUNYER, v. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional,* cit., págs. 62-63. De la tendencia general que afirma genéricamente la concurrencia competencial en materias culturales con fundamento en el artículo 149.2 CE, se aparta la STC 109/1996, de 13 de junio, de la que precisamente es ponente C. VIVER. Interesa transcribir algunos pasajes de su fundamento jurídico cuarto:

"[…] *la competencia sobre cultura no puede convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales, con el argumento de que esos aspectos permiten una intervención superpuesta y duplicada*. Debe tenerse presente que son muchas las materias competenciales específicamente contempladas en el bloque de la constitucionalidad que tienen un contenido cultural, desde la enseñanza hasta los diversos medios de comunicación social, pasando por las bibliotecas, los espectáculos, el deporte o la artesanía. Por ello,

Centrándonos ya en los títulos que trazan el reparto competencial sobre patrimonio, lo primero que debe hacerse notar es que, a diferencia de otros títulos no se emplea un criterio funcional, lo que implica que en sus respectivos ámbitos materiales Estado y Comunidades Autónomas serían titulares de la totalidad de funciones que puedan desempeñarse. A su vez, la definición de la materia en los artículos 148.1.16ª y 149.1.28ª CE no se efectúa con arreglo a unos criterios o elementos homogéneos. Una primera falta de concordancia se aprecia en la diversa adjetivación que emplean los mencionados artículos. Se habla de patrimonio *monumental* en el artículo 148.1.16ª CE y de patrimonio *cultural, artístico y monumental* en el 149.1.28ª CE. Aún cuando han podido apuntarse eventuales restricciones en las respectivas competencias autonómica y estatal a

---

aceptar que desde la competencia de cultura pudieran realizarse, sin ningún límite, cualquier actividad de normación o de ejecución sería tanto como convertir en concurrentes, no ya las competencias sobre cultura, sino la competencia de cultura del Estado con todas las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas con elementos culturales, lo que a su vez supondría convertir en vano el esfuerzo realizado por el legislador constitucional y estatutario por dar un tratamiento diferenciado a estas competencias específicas y por precisar en cada caso el reparto concreto de funciones correspondientes. La competencia sobre cultura no es, pues, un título que le permita al Estado realizar indistintamente las mismas actividades normativas y de ejecución que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas en las muy variadas competencias que tienen ese contenido cultural. El Estado tiene reconocida una amplia capacidad para determinar cuáles son museos y en general los bienes y establecimientos culturales que requieren una actuación unificada, pero respecto de los que han quedado bajo la titularidad exclusiva de las Comunidades Autónomas no puede retener exactamente las mismas facultades [el subrayado es mío]."

Una crítica de la utilización del artículo 149.2 CE que realiza el Tribunal Constitucional en supuestos que requerirían de una atribución competencial específica, en R. CARRASCO i NUALART, "La distribució de competencies entre …", cit., pág. 101; específicamente, contra el uso que del artículo 149.2 CE se hace en la STC 17/1991, v. J. I. ERKOREKA GERVASIO, "Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149-1-28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental", *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 41, 1995, págs. 118-122.

raíz del empleo de diversos adjetivos[60] no parece prudente extraer conclusiones de relevancia competencial de este dato, a la vista de que ni siquiera la adjetivación en el Título VIII es coherente con la que emplea la Constitución en el Título I, cuando el artículo 46 formula los deberes que corresponden a los poderes públicos sobre el Patrimonio Cultural. Como veremos, desmiente esa interpretación literal-restrictiva del lado autonómico los términos en que las llamadas Comunidades Autónomas de "segundo nivel" asumieron competencias en sus respectivos estatutos. En este sentido, la falta de referencia explícita a la materia arqueológica, no impide que podamos entenderla comprendida en el ámbito material que contemplan los artículos 148.1.16ª y 149.1.28ª CE. Más allá de la crítica que merezca la falta de sistematicidad y coherencia en este punto, a todas luces el constituyente contemplaba un único objeto o sector de la realidad social sobre el que se proyectan las competencias autonómicas y estatales, el Patrimonio Cultural, como fórmula omnicomprensiva de las diversas realizaciones materiales

[60] Por ejemplo, se ha apuntado como una posible interpretación del artículo 148.1.16ª CE, que la competencia de las Comunidades Autónomas del 143 se limitara al patrimonio inmobiliario, así S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* vol. I., cit., págs. 582-584, si bien concluye que de este dato no se derivarían diferencias competenciales sustanciales entre las distintas Comunidades Autónomas, ya que la asunción de competencias en fomento de la cultura (art. 148.1.17ª CE) permitiría acrecer las de patrimonio; en el mismo sentido, J. A. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…,* cit., vol. II, pág. 643, nota 7 y J.J. MARÍN LÓPEZ, "La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de bienes culturales", en VVAA (coord. B. MORENO QUESADA), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas,* Ed. Parlamento de Andalucía y Tecnos, Madrid, 1989, pág. 161. El mismo criterio, argumentado desde posiciones que postulan una restricción de las competencias estatales, ha conducido a defender que la competencia estatal de defensa frente a la expoliación y la exportación se ciñe estrictamente al Patrimonio cultural, artístico y monumental, con exclusión del histórico, dado que este calificativo no figura entre los enumerados en el artículo 149.1.28ª CE, v. J. I. ERKOREKA GERVASIO, "Reflexiones sobre el alcance…", cit., págs. 128, 141.

que operan como instrumentos o cauces para dar satisfacción al derecho de acceso a la cultura.

Existen otras diferencias en la formulación de los artículos 148.1.16ª y 149.1.28ª CE de mayor relevancia para el análisis. El primero se refiere al patrimonio monumental *de interés para la Comunidad Autónoma,* es decir, contempla la materia en términos puramente objetivos, si bien acotada por referencia a un interés de escala menor a la estatal. El segundo, en cambio, atiende al contenido material o al tipo de actividad pública para definir el ámbito sobre el que se desenvuelve la reserva competencial estatal, la *defensa contra la exportación y la expoliación* del Patrimonio cultural, artístico y monumental[61]. Es decir, el artículo 149.1.28ª CE ciñe el núcleo de la competencia estatal a dos ámbitos de actuación que pertenecen a la dimensión protectora de la actividad de los poderes públicos sobre el Patrimonio, según el artículo 46 CE[62]. Se prescinde a su vez del

[61] Seguimos en este punto las categorías trazadas por C. VIVER i PI-SUNYER para el análisis objetivo de las materias competenciales, en *Materias competenciales y Tribunal Constitucional,* cit., págs. 37-42.

[62] El término defensa aplicado al Patrimonio Cultural contaba con cierta tradición en nuestro ordenamiento jurídico. Se utilizó para designar la primera organización administrativa desarrollada por las autoridades franquistas para atender la protección del Patrimonio, el Servicio para la Defensa del Patrimonio Artístico Nacional, que fue creado en plena Guerra Civil por Decreto de 22 de abril de 1938 (BOE núm. 549, de 23 de abril de 1938). No es extraño, por tanto, que se optara por un término de reminiscencias bélicas para designar la nueva organización que había de desplazar en territorio nacional las funciones de la Junta Superior del Tesoro Artístico Nacional. Entre sus misiones se encontraba la recuperación de bienes artísticos en las zonas de conflicto y su restitución a entidades y particulares que pudieran probar su titularidad, para lo que contaba incluso con personal militarizado (agentes de vanguardia de recuperación). Esta militarización de parte del personal del Servicio cesó con la liquidación de las funciones de recuperación artística, concluida la contienda, con lo que las comisarías en que se organizaba el Servicio quedaron exclusivamente encargadas de las tareas de catálogo, inventario y conservación del Patrimonio Artístico. V. al respecto la Orden de 11 de enero de 1940, fijando normas para que en plazo no lejano pueda liquidarse el Servicio de Recuperación Artística, reintegrando al de

criterio del interés para definir la realidad material sobre la que se proyecta la actuación del Estado: el Patrimonio no es de interés estatal o nacional, es *español*[63]. La falta de concordancia de los artículos que enuncian la competencia autonómica y estatal es notable, las redacciones no casan entre sí como las piezas de un *puzzle*, no delimitan ámbitos coextensos, sino parcialmente secantes. No es el único caso en materia cultural: tampoco se emplea un criterio homogéneo en la formulación de la competencia sobre centros de depósito cultural. Así, para las Comunidades Autónomas se toma el criterio del interés (art. 148.1.15ª CE), en tanto que la reserva de competencia estatal se construye sobre la titularidad del centro (art. 149.1. 28ª CE).

En el ámbito que traza el artículo 149.1.28ª CE puede el Estado desplegar funciones normativas y ejecutivas, cuya amplitud está necesariamente vinculada a la extensión con que sean interpretados los términos "*exportación*" y "*expoliación*". Se ha señalado que la competencia estatal de defensa frente a la exportación del Patrimonio Cultural podía ya entenderse comprendida en los títulos de relaciones internacionales y comercio exterior[64]. Sin embargo, el artículo 149.1.28ª CE aporta un *plus,* contiene una directriz finalista

---

Defensa del Patrimonio Artístico Nacional a las funciones que le son propias (BOE núm. 13, 13 de enero de 1940) y el Decreto de 7 de mayo de 1942 por el que se desmilitariza el personal afecto al Servicio de Defensa del Patrimonio Artístico Nacional (BOE núm. 148 de 28 de mayo de 1942).

[63] Subraya la falta de correlación entre los artículos 148.1.16ª y 149.1.28.ª CE L. POMED SÁNCHEZ en "La Ley del Patrimonio Cultural Aragonés en el contexto competencial", en VV. AA. (dir. L. POMED SÁNCHEZ), *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés,* Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001, págs. 23, 25.

[64] S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* cit., vol. I, pág. 596

que no recogen los otros títulos mencionados al establecer como objetivo de la acción estatal impedir la salida al exterior de bienes integrantes del Patrimonio Cultural español[65], precisión que no resulta gratuita a la vista de la indolencia con que los poderes públicos en el pasado se han enfrentado al problema de la salida de nuestras fronteras de bienes culturales nacionales. En cualquier caso, la defensa frente a la exportación no plantea apenas problemas de interpretación desde el punto de vista competencial. Es la defensa frente a la expoliación, por el carácter impreciso de este término y la ausencia de referencias normativas previas a la Constitución en el ámbito del Patrimonio Cultural que ayuden a delimitar su contenido, la que ofrece mayores dificultades a la hora de articularse con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos.

La controversia es amplia en el seno de la doctrina y, en gran medida, refleja las posiciones que se exhibieron, primero, durante el proceso constituyente y, posteriormente, durante la tramitación de la LPHE. Básicamente son dos los planteamientos básicos: de una parte, los que defienden una competencia amplia en materia de Patrimonio Cultural, ya se base en una interpretación expansiva del artículo 149.1.28ª CE o en la conjunción de diversos títulos competenciales con proyección sobre el patrimonio; de otra parte, están aquéllos que sostienen una interpretación estricta del artículo indicado, al que quedaría constreñida la competencia estatal, al menos respecto a las Comunidades Autónomas de "primer nivel".

---

[65] V. J. A. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., vol. II, págs. 676-679.

Entre los primeros, destaca la temprana formulación de MUÑOZ MACHADO. Funda su postura, de una parte, en la necesidad de delimitación por el legislador estatal del interés comunitario a efectos de fijar la competencia de las Comunidades Autónomas de segundo nivel, fundada en el artículo 148.1.16ª CE; y de otra parte, sostiene una interpretación amplia de la competencia exclusiva estatal sobre la exportación y la expoliación, no limitada al sentido literal de estos términos, que requeriría a su vez del Estado el ejercicio de "acciones complementarias para poder ejercerse con eficacia"[66]. Con ligeras variantes en cuanto a los argumentos empleados, han compartido también la defensa de una ley estatal de alcance general numerosos autores como ALONSO IBÁÑEZ[67], MARÍN LÓPEZ[68] o PÉREZ DE ARMIÑÁN y DE LA SERNA[69]. Destaca, de entre este grupo, el planteamiento de ALEGRE ÁVILA[70], que defiende la necesidad de realizar el reparto de competencias a

---

[66] En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* cit., vol. I, págs. 595-598.

[67] Afirma esta autora que sólo el Estado, con apoyo en el 149.1.28ª CE y otros títulos concomitantes en materia de Patrimonio (legislación básica sobre medio ambiente, centros de depósito cultural de titularidad estatal, servicio de la cultura y, especialmente, el establecimiento de condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes) ostentaría competencias para desarrollar una política global y unitaria en el sector, v. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico…,* cit., págs. 77-95.

[68] J. J. MARÍN LÓPEZ, "La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de bienes culturales", cit., págs. 158-165.

[69] A. PÉREZ DE ARMIÑÁN y DE LA SERNA defiende una interpretación amplia del 149.1.28ª CE, que permitiría al Estado dictar una ley de inmediata y preferente aplicación en toda España así como el apoderamiento a la administración estatal para garantizar su efectivo cumplimiento, en *Las competencias del Estado…*, cit., pág. 57.

[70] ALEGRE ÁVILA realiza un extensísimo estudio sobre el reparto de competencias en *Evolución y régimen jurídico…*, cit., vol. II, págs. 641-753, en especial págs. 648-650, 721-722, 728.

partir de los títulos que específicamente tratan el Patrimonio Cultural, sin acudir a otros preceptos para fundar una competencia estatal más amplia. Partiendo de esta premisa inicial, sitúa el eje de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, no en el artículo 149.1.28ª CE, sino en el 148.1.16ª CE, de tal manera que es el binomio interés general / interés regional el que articula el reparto: el interés regional sería en todo caso límite de la competencia de las Comunidades Autónomas –y no sólo de aquéllas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE-; del 148.1.16ª CE se derivaría la competencia estatal para definir el interés general en la materia, que comprendería la capacidad de dictar una ley que discipline el entero régimen jurídico del Patrimonio Cultural y le permitiría reservarse aquellas funciones ejecutivas que el interés general reclamara en manos del Estado[71].

Estos autores asumen, de manera más o menos explícita, que todas las Comunidades Autónomas poseen el mismo nivel de competencias en materia de Patrimonio Cultural, con independencia de la vía de acceso a la autonomía y del modo en que sus respectivos Estatutos la hayan asumido: todas ellas quedarían limitadas en su

[71] La tesis de ALEGRE ÁVILA, a nuestro juicio, no salva la objeción que supone la doctrina del Tribunal Constitucional, afirmada desde la STC 37/1981 de 16 de noviembre, según la cual el interés general del Estado ya fue tenido en cuenta por el constituyente al efectuar la distribución de competencias, por lo que no puede volver a traerse al debate competencial salvo que en el texto de la Constitución o de los Estatutos haya una invocación al mismo. Proyectar el límite del interés comunitario también sobre las Comunidades Autónomas de primer nivel y extender correlativamente la competencia estatal más allá de lo que formula el artículo 149.1.28ª CE a todo lo que el Estado entienda que exige el interés general, es tanto como dar licencia al Estado en el ejercicio de sus competencias para obviar los términos en que se expresa el artículo 149.1 CE. Un repaso de la jurisprudencia constitucional en este punto en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico,* cit., págs. 102-109.

actividad a la gestión de sus propios intereses (art. 137 CE) y vinculadas por la definición del interés general que realice el Estado. No niegan competencia normativa a las Comunidades Autónomas, pero sólo para complementar o desarrollar las disposiciones de la ley que dicte el Estado para delimitar las competencias, que tendría por ello carácter prevalente[72]. En términos prácticos, estas posturas terminan por reconducir el esquema de los artículos 148.1.16ª CE y 149.1.28ª CE a un esquema de reparto de tipo funcional, que según los autores oscila entre un esquema legislación-ejecución o de bases-desarrollo, con la particularidad de que aquí la competencia normativa estatal puede llevar a agotar la regulación de la materia si así lo exige el interés general y permitiría, además, que el Estado se reserve cuantas funciones ejecutivas fueran necesarias.

Contra esta interpretación se han pronunciado autores como CARRASCO i NUALART y, más ampliamente, ERKOREKA GERVASIO, quienes rechazan que pueda fundarse una competencia general del Estado para la protección del Patrimonio Cultural con apoyo en una interpretación extensiva de los términos "*exportación*" y "*expoliación*" del artículo 149.1.28ª CE -que sólo contemplaría aspectos muy concretos de la actuación defensiva de los poderes públicos sobre el Patrimonio Cultural- o con el auxilio de otros títulos del listado (149.1.1ª, 3ª, 10ª, 8ª, 18ª o 149.2 CE). En este sentido,

---

[72] V. S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* cit., vol. I, pág. 598; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico,* cit., pág. 410; R. ALONSO IBÁÑEZ *Patrimonio Histórico…*, cit., págs. 81-89, quien llega a afirmar que la ley estatal delimitadora de competencias se integraría en el bloque de la constitucionalidad (pág. 86); J. A. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., vol. II, pág. 650-653; A. PÉREZ DE ARMIÑÁN i DE LA SERNA, *Las competencias del Estado…*, cit., págs. 51-52. En contra de la consideración de la ley estatal como delimitadora de competencias, v. R. CARRASCO i NUALART, "La distribució de competencies…", cit., pág. 96.

la pretensión estatal de disciplinar el entero régimen jurídico del Patrimonio Cultural sólo tendría sentido respecto a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, limitadas competencialmente al patrimonio de su interés; para las restantes, esta regulación sólo tendría valor supletorio[73].

Para tomar posición, conviene en este punto recordar cómo se gestó la redacción de los preceptos constitucionales que venimos estudiando. El texto del Anteproyecto de Constitución contemplaba una única lista de competencias reservadas al Estado (art. 138)[74], entre las cuáles no se contaba ninguna relativa al Patrimonio Cultural o a la cultura. Se trataba, por tanto, de una materia de libre asunción por los "Territorios Autónomos" a través de sus Estatutos de Autonomía. El informe de la Ponencia introduciría posteriormente una segunda lista de competencias, para su asunción por las Comunidades Autónomas (Disposición Adicional Única, 2): se enuncian entonces las materias de "Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad autónoma" y "Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma" (Disposición Adicional Única, 2, letras n) y ñ) respectivamente) y las demás competencias culturales que hoy contempla el artículo 148.1 CE, preceptos que, pese a variar su ubicación, conservarán su redacción hasta el final de la tramitación. La aparición de este segundo listado implicaba, a su vez, la introducción de un doble

---

[73] R. CARRASCO i NUALART, "La distribució de competencies…", cit., págs. 95-96; J. I. ERKOREKA GERVASIO, "Reflexiones sobre el alcance…", cit., págs. 101, 128-132.

[74] V. *Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados,* núm. 44, de 5 de enero de 1978, págs. 692-693.

nivel competencial en las Comunidades Autónomas: de una parte, el que se deriva del listado de la Disposición Adicional (para las Comunidades constituidas según el art. 139.2) y el que encuentra su límite en las competencias que para el Estado recogía el artículo 121 (para las Comunidades que se constituían al amparo de la Disposición Adicional Única, 4). Sin embargo, esta previsión de competencia en materia de centros de depósito cultural y patrimonio a favor de las Comunidades Autónomas, no tenía correspondencia en el listado de competencias estatales del artículo 141 del Informe de la Ponencia[75]. El silencio constitucional en este punto podía implicar que en aquellos territorios que accedieran desde el inicio al nivel superior de autonomía y asumieran estatutariamente todas las competencias posibles en el sector, el Estado no ejercería ningún tipo de competencia en materia cultural.

Sería en los debates sostenidos en la Comisión de Constitución del Senado donde se evidencia la necesidad de remediar esta omisión y se plantea por primera vez la competencia estatal en materia de centros de depósito cultural y de Patrimonio Cultural, como garante de una cultura compartida que trasciende el agregado de culturas locales[76]. Así, el texto del dictamen de la Comisión

---

[75] V. *Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 82, de 17 de abril de 1978. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Informe de la Ponencia, págs. 1640-1641 y 1644-1645.

[76] Puede seguirse el debate en el *Diario de Sesiones del Senado*. *Comisión de Constitución del Senado*, números 53 y 54, que recogen respectivamente las sesiones de los días 12 y 13 de septiembre de 1978 de aquélla. En la línea apuntada en el texto *supra* se mueven las propuestas de los senadores DÍEZ- ALEGRÍA GUTIÉRREZ (núm. 53, pág. 2577), CHUECA GOTIA (núm. 53, pág. 2583) y SÁNCHEZ AGESTA (núm. 53, pág. 2603), a quien se debe la propuesta de competencia del Estado para la defensa frente a la exportación, ninguna de las cuales superó las votaciones. Por su parte, el senador DE LA CIERVA HOCES, cuya enmienda sí se incorporaría al dictamen de la Comisión, funda su propuesta

acogería el germen del futuro artículo 149.2 CE, al establecer que "[…] compete al Estado, por sí o conjuntamente con ellas [las Comunidades Autónomas], la protección y fomento del *patrimonio cultural común* y de la comunicación cultural entre todas ellas, para lo cual podrá establecer en todo el territorio las instituciones culturales y educativas pertinentes" (art. 148.2)[77]. En el pleno del Senado quedarán ubicadas en diferentes localizaciones la formulación del deber del Estado de servicio a la cultura (art. 148.2), que recibirá la redacción que actualmente conocemos en el artículo 149.2 CE[78], y la competencia específica en materia de patrimonio, que pasa a engrosar la enumeración del primer apartado y adopta el siguiente tenor: "Museos, bibliotecas, archivos y patrimonio artístico y monumental *de interés para todo el Estado,* defensa del patrimonio cultural español contra la exportación" (art. 148.1.28ª)[79]. Interesa destacar ahora cómo el senador SÁNCHEZ AGESTA, autor de la propuesta, justificó la inclusión de este nuevo apartado en la existencia de un doble nivel competencial autonómico, precisamente

---

en el rechazo de una atribución de competencias culturales en términos de exclusividad, ya sea a la instancia regional o a la estatal (núm. 54, págs. 2623-2624)

[77] V. *Boletín Oficial de las Cortes. Senado*, núm. 157, de 6 de octubre de 1978, Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, pág. 3441-3442.

[78] El texto de la Comisión de Constitución en este punto, adoptado a resultas de la enmienda propuesta por el senador DE LA CIERVA y HOCES, generó amplia polémica en aquellos territorios de vocación más descentralizadora. El texto finalmente adoptado por el Pleno fue propuesto por el senador BENET MORELL, como fórmula que resultara fiel al espíritu que animaba la enmienda DE LA CIERVA y acallara suspicacias de dirigismo cultural por parte del Estado. V. *Diario de Sesiones del Senado. Pleno,* núm. 65, sesión del día 3 de octubre de 1978, intervención crítica del senador AUDET PUNCERNAU con la enmienda DE LA CIERVA (pág. 3254) y debate entre los senadores BENET MORELL y DE LA CIERVA (págs. 3265-3267)

[79] V. *Boletín Oficial de las Cortes. Senado*, núm. 161, de 13 de octubre de 1978, págs. 3572-3573.

para evitar que aquellas Comunidades que no quedaban constreñidas competencialmente al patrimonio monumental de su interés asumieran competencias sobre manifestaciones patrimoniales que, al trascender el interés regional, se juzgaba conveniente que fueran gestionadas por la instancia política nacional[80]. La enmienda del senador SÁNCHEZ AGESTA formulaba la reserva de la competencia estatal como un negativo de la competencia autonómica, contraponiendo el interés autonómico y el interés para todo el Estado, lo que hubiera tenido como efecto que todas las Comunidades Autónomas habrían alcanzado idéntico nivel competencial en Patrimonio Cultural.

La redacción que pasa definitivamente al texto constitucional procede de la Comisión Mixta Congreso-Senado[81]. La falta de constancia documental de los debates que se dieron en su seno impide conocer con exactitud las razones que llevaron a adoptar la redacción que finalmente se impuso como apartado 28 del artículo 149.1 CE. No obstante, la evolución que se aprecia en las distintas versiones permite extraer algunas conclusiones, especialmente de cara a valorar algunas de las formulaciones doctrinales expuestas arriba. La redacción final del artículo 149.1.28ª CE supone un recorte

---

[80] V. *Diario de sesiones del Senado. Pleno,* núm. 65, sesión del día 3 de octubre de 1978, págs. 3263-3264. Interesa, sin embargo, reseñar como el senador SÁNCHEZ AGESTA tenía una noción muy limitada de los extremos a que debía ceñirse la competencia estatal para la gestión del patrimonio de interés general para todo el Estado, de carácter cuasi excepcional, frente a las Comunidades Autónomas, titulares de la competencia ordinaria en la materia.

[81] V. *Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 177, de 6 de noviembre de 1978, págs. 3727-3729. Expresan dudas sobre la legitimidad jurídica del añadido P. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ y B. PENDÁS GARCÍA, *El nuevo régimen jurídico del patrimonio histórico español,* Ed. Ministerio de Cultura, 1986, pág. 53; y J. I. ERKOREKA GERVASIO, "Reflexiones sobre el alcance…" cit., pág. 141.

frente al planteamiento que acogía el texto aprobado por el Senado: desaparece una suerte de competencia del Estado para la gestión del patrimonio que trascienda el interés de la Comunidad Autónoma. En su lugar, se adopta el criterio de reservar al Estado una porción de las actividades defensivas sobre el Patrimonio Cultural español, aquellas que se reputan como más importantes de cara a mantener la integridad de dicho patrimonio. De este modo aparece por primera vez el concepto de defensa contra la expoliación, que se añade a la exportación, que ya figuraba en el texto del Senado.

A la vista de los debates y de las redacciones finalmente plasmadas, es difícil sostener que el constituyente pretendió una competencia sobre Patrimonio Cultural homogénea para todas las Comunidades Autónomas, limitada por el interés regional, y una correspondiente competencia del Estado para definir por razones de interés general ámbitos que quedaran fuera de la competencia de aquéllas. Así podía entenderse la competencia estatal respecto a las Comunidades del artículo 143 CE, pero no respecto a las restantes. Unas potestades simétricas del Estado en todo el territorio nacional hubieran requerido cierta correspondencia entre las redacciones de los artículos 148.1.16ª y 149.1.28ª CE, como la que existía en el texto aprobado por el Pleno del Senado. Los debates parlamentarios acreditan que se era consciente de la diversidad de niveles competenciales autonómicos así como de la eventualidad de que el Estado quedara privado de toda presencia en la ordenación y gestión del Patrimonio Cultural en determinadas áreas de nuestra geografía[82]. La redacción finalmente adoptada en la Comisión Mixta

[82] Así se recoge en la siguiente intervención del senador SÁNCHEZ AGESTA: "[…] Se me dirá quizá que, puesto que en el artículo 146 se ha atribuido

Congreso-Senado remedia el segundo problema, pero no el primero: la Constitución renunció finalmente a trazar un techo competencial único para todas las Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Cultural.

Veamos, entonces, cómo han traducido los distintos Estatutos de Autonomía las determinaciones del Título VIII en esta materia.

1.2.1.2. Los Estatutos de Autonomía

La asunción de competencias sobre Patrimonio Cultural en los Estatutos se corresponde, con algunas salvedades, a la vía por la que accedieron a la autonomía. Pueden por ello, trazarse dos grupos: los que siguen, con matices, la fórmula del artículo 148.1.16ª CE y recogen la nota del interés para la Comunidad; y los que asumen genéricamente competencias sobre patrimonio, sin restricción por razón del interés, aunque salvando la competencia estatal del artículo 149.1.28ª CE mediante la fórmula "sin perjuicio".

---

ya la riqueza monumental de interés de las Comunidades a estos, "a sensu contrario", corresponde al Estado la protección de los restantes monumentos. Este argumento, que ya he oído en pasillos cuando se discutió en la Comisión, no es válido, porque como saben ustedes hay dos planos de las autonomías: las autonomías del artículo 146 y las autonomías del artículo 148, y en estas autonomías del artículo 148 tienen una regulación especial en cuanto a lo que puede recabar por su estatuto una Comunidad Autónoma, de acuerdo con el apartado 3: lo que no esté atribuido expresamente al Estado podrá corresponder a la Comunidad Autónoma. Si no hacemos, por consiguiente, una atribución al Estado de esta función de defensa de estos archivos, de estos museos o de este patrimonio de interés para todo el Estado, entonces podrá ser reclamado por las Comunidades Autónomas con pleno derecho", v. *Diario de Sesiones del Senado. Pleno,* núm. 65, sesión de 19 de septiembre de 1978, pág. 3263.

Con carácter general, los Estatutos de las Comunidades de "segundo nivel"[83] no se limitaron a asumir competencias sobre el "patrimonio monumental", tal como aparece formulado en el artículo 148.1.16ª CE, y ampliaban el elenco de calificativos[84]. Una excepción a esta regla la constituyó el Estatuto de la Comunidad de Madrid, que hasta la reforma de 1998, sólo se refería al "patrimonio monumental"[85]. En este sentido, se ha planteado el posible exceso competencial en la redacción originaria de estos Estatutos[86] que, en

---

[83] Por orden cronológico, se citan los Estatutos de las Comunidades de "segundo nivel" y el precepto que formula la competencia sobre patrimonio: Asturias (LO 7/1981, de 30 de diciembre, art. 10.1.ll); Cantabria (LO 8/1981, de 30 de diciembre, art. 22.14); La Rioja (LO 3/1982, de 9 de junio, art. 8.1.14); Murcia (LO 4/1982, de 9 de junio, art. 10.1.ll); Aragón (LO 8/1982, de 10 de agosto, art. 36.1.g); Castilla – La Mancha (LO 9/1982, de 10 de agosto, art. 31.1.m); Extremadura (LO 1/1983, de 25 de febrero, art. 7.1.13); Baleares (LO 2/1983, de 25 de febrero, art. 10.20) y Castilla y León (LO 4/1983, de 25 de febrero, art. 26.1.13).

[84] Salvo "monumental", ningún calificativo llega a figurar en todos los Estatutos, aunque las referencias al patrimonio artístico, histórico y arqueológico son las más compartidas. Menos frecuentes son las menciones al patrimonio cultural, arquitectónico, científico e incluso paisajístico. Las sucesivas reformas de los Estatutos han tendido a engrosar el listado de calificativos que acompañan al Patrimonio.

[85] Artículo 26.14, de la LO 3/1983, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y artículo 26.1.19 en la redacción dada por la LO 5/1998, de 7 de julio, de reforma del Estatuto.

[86] Se ha querido superar esta tacha de inconstitucionalidad originaria invocando el título autonómico sobre fomento de la cultura, que prestaría cobertura suficiente al exceso en la asunción de competencias sobre Patrimonio Cultural, v. S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* vol. I, cit., pág. 595 y R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico…,* cit., pág. 76, nota 74.

En cualquier caso, no parece razonable pensar que el artículo 148.1.16ª CE pretendiera al referirse al "Patrimonio monumental" limitar la competencia de las Comunidades Autónomas de "segundo nivel" a la protección de inmuebles de singulares características patrimoniales o de un valor cultural excepcional. En los debates constituyentes no se aprecia que bajo la fórmula del 148.1.16ª CE existiera la voluntad de acotar una realidad material, más restringida que la que contempla el artículo 149.1.28ª CE del "patrimonio cultural, artístico y monumental". La discusión sobre la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas siempre giraba en torno al reconocimiento del carácter común o

todo caso, habría quedado subsanado en las reformas operadas tras el plazo de cinco años que marca el artículo 148.2 CE. Más allá de esta cuestión, la aleatoriedad en las enumeraciones de adjetivos que figuran en los distintos Estatutos, apreciable también en las sucesivas reformas, convierte en poco razonable cualquier pretensión de extraer conclusiones sobre una mayor o menor amplitud del objeto de la competencia en función de los calificativos que acompañan al Patrimonio[87].

---

nacional del Patrimonio Cultural como criterio delimitador, no a la modalidad de interés cultural (monumental, arqueológico, artístico, etc) presente en un determinado bien. La intervención del senador DÍAZ ALEGRÍA en la Comisión de Constitución del Senado ilustra cómo no estaba en la intención de los parlamentarios recortar la competencia autonómica a "lo monumental":

"Parece claro que, en el espíritu del reparto de competencias, se dejan al Estado las referentes a materias que afecten a varias Comunidades o a la totalidad de la nación y a las Comunidades Autónomas cuantas afecten a su interés exclusivo. Todo ello es, por otras parte, racional, lógico y correcto, y es lo que se trata de dejar bien claro en la enmienda que se propone, poniendo de acuerdo los artículos 141 y 143 para su interpretación correcta.

Lo mismo ocurre con el apartado ñ) [Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma]. Es indudable que existen en el tesoro monumental, artístico, bibliográfico e histórico de España riquezas que no son sólo del interés de la Comunidad en la que están situadas, sino patrimonio común de todos los españoles cuya custodia y conservación son obligación ineludible del Estado. Están en la conciencia de todos y no hace falta enumerarlas.

Una enmienda al artículo 143 añade un apartado 26 bis absolutamente indispensable, en el que se expresa claramente esta competencia del Estado en relación a la conservación de una parte del tesoro artístico. Quedan, por tanto, para las Comunidades Autónomas, los museos, bibliotecas, archivos y patrimonio artístico y monumental dependientes de su propio ordenamiento".

V. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 53, Comisión de Constitución, sesión del 12 de septiembre de 1978, pág. 2577.

[87] Así lo acreditan también los Reales Decretos de Transferencia que, como se verá, con independencia de los términos en que se calificara el Patrimonio en los diversos Estatutos, contemplan un objeto material único. V. II, epígrafe 1.2.2.1.1..

El otro grupo de Comunidades Autónomas está constituido por aquéllas que desde un primer momento asumieron competencias en el marco del artículo 149 CE[88], entre las que también se encuentran Navarra, por su peculiar acceso a la autonomía, y la Comunidad Valenciana y Canarias, en virtud de las transferencias recibidas en sendas leyes orgánicas adoptadas casi simultáneamente a la aprobación de sus Estatutos de Autonomía[89]. También en este caso los Estatutos difieren en la adjetivación del Patrimonio sobre el que asumen competencias[90]. La diferencia esencial con las Comunidades Autónomas de "segundo nivel" reside en la omisión de toda referencia al "interés de la Comunidad Autónoma". Un caso singular es el de Galicia, la única de entre las Comunidades Autónomas constituidas por la vía del artículo 151 CE o de la Disposición Transitoria Segunda , cuyo estatuto acoge la fórmula del interés para acotar el objeto competencial. Podría decirse, por tanto, que en aplicación del principio dispositivo no apuró la asunción de competencias.

---

[88] País Vasco (LO 3/1979, de 18 de diciembre, art. 10.19); Cataluña (Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, art. 9.5); Galicia (LO 1/1981, de 6 de abril, art. 27.18); Andalucía 6/1981, art. 13.27); Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 1 de julio, art. 31.5); Canarias (LO 10/1982, de 10 de agosto, art. 29.9) y Navarra (LO 13/1982, de 10 de agosto, art. 44.9).

[89] Las leyes orgánicas 11 y 12/1982, ambas del 10 de agosto, de transferencias a la Comunidad Valenciana y a Canarias, respectivamente, tenían por misión prestar cobertura a sus Estatutos en aquellos puntos en que la asunción competencial excediera de los términos del artículo 148 CE.

[90] Aunque es mayor grado de homogeneidad, tampoco existe un patrón único. Todas las Comunidades Autónomas se declaran competentes sobre el patrimonio monumental, artístico, histórico, arqueológico y científico. Sólo hay divergencias en la referencia al patrimonio monumental y científico (que no aparecen en el Estatuto gallego) y el arquitectónico (que dejan de citar País Vasco y Andalucía). Sorprende que en ninguno de estos estatutos, en sus primeras versiones, se emplee el adjetivo cultural.

Todas las Comunidades Autónomas, con la salvedad que se citará más adelante, coinciden en calificar la competencia que asumen sobre el Patrimonio Cultural como exclusiva, con independencia del nivel competencial en que se inscriben. No obstante esta calificación, como ocurre en otras materias, exige ser matizada, puesto que sobre el mismo ámbito material inciden las competencias de defensa contra la expoliación y la exportación del Estado. En este sentido, pese a la declaración de exclusividad, todos los Estatutos de "primer nivel" y algunos de los de "segundo nivel"[91] hacen salvedad de las competencias estatales empleando la fórmula "sin perjuicio". Hecha esta precisión, la exclusividad en este punto sólo se explica desde un punto de vista funcional, puesto que la Constitución no emplea en esta materia un esquema de reparto bases/desarrollo legislativo y ejecución o legislación/ejecución, sino que sobre la porción de realidad (para las Comunidades Autónomas: el Patrimonio Cultural o, en su caso, el Patrimonio Cultural de interés de la Comunidad) o sobre la actividad que se desarrolla sobre esa porción de realidad (para el Estado, la defensa contra la exportación y la expoliación del Patrimonio Cultural español) el ente titular desplegaría la totalidad de funciones posibles. En este sentido, la fórmula empleada en el Estatuto del País Vasco para salvar las competencias estatales[92] es de dudosa constitucionalidad, ya que

---

[91] Mencionan las competencias estatales en la materia, los Estatutos de Castilla – La Mancha, Extremadura (a partir de la redacción dada por la LO 12/1999, de 6 de mayo, de reforma de su Estatuto), Baleares, Madrid (a partir de la redacción dada por la LO 5/1998, de 7 de julio, de reforma de su Estatuto) y Castilla y León (a partir de la redacción dada por la LO 4/1999, de 8 de enero, de reforma de su Estatuto)

[92] Dice el artículo 10.19 del Estatuto Vasco que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva sobre "Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, *asumiendo la Comunidad Autónoma el cumplimiento de las*

implica limitar las facultades que corresponden al Estado en la defensa contra la expoliación y la exportación a las de naturaleza normativa[93].

De estos patrones se apartaba llamativamente el Estatuto de Autonomía de Aragón[94] en la redacción previa a su reforma de 1996. La competencia sobre patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico de interés para la Comunidad Autónoma se declaraba de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica que dictara el Estado (art. 36.1.g) LO 8/1982). El legislador estatuyente recortaba, de este modo, las posibilidades competenciales respecto a la literalidad que permitía el artículo 148.1.16ª CE en conexión con el artículo 149.1.28ª CE[95]. Esta fórmula singular, es reveladora de la intuición de un problema de articulación entre las competencias autonómicas y las estatales. Para resolverlo se reescribe el reparto competencial desde un esquema de reparto funcional, que resulta a su vez, valga la redundancia, más funcional. Esta redacción, sin embargo, no perduró y tras la reforma operada por la LO 5/1996, de 30 de diciembre, se resituó entre las competencias exclusivas.

---

normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación".

[93] En el mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* vol. I, cit., pág. 596.

[94] LO 8/1982, de 10 de agosto.

[95] Para ALEGRE ÁVILA esta fórmula "traduce con exactitud el reparto competencial sobre patrimonio resultante de los criterios de distribución utilizados por la Constitución", *Evolución y régimen jurídico…,* tomo II, cit., pág. 657

Del análisis estatutario se desprende que, al margen de la variedad en la adjetivación del patrimonio, la principal diferencia que se aprecia en las redacciones es la inclusión o la omisión del inciso "de interés de la Comunidad Autónoma". Esta diferenciación abocaría a un doble nivel de competencias, autonómico y estatal, de tal forma que el Estado, para el grupo de las que sí recogen el inciso, además de sus competencias de defensa contra la exportación y la expoliación, tendría, en virtud de la cláusula de competencia residual del artículo 149.3 CE, una competencia general sobre el Patrimonio Cultural cuyo interés trascendiera la Comunidad Autónoma y que podría traducirse en el ejercicio de potestades tanto normativas como ejecutivas[96].

Las reformas estatutarias apenas han alterado este panorama. Así, los recientes procesos que afectan a Estatutos de "primer nivel" no introducen más novedades que el peculiar modo de formular las competencias, de acuerdo con el patrón que introduce el nuevo Estatuto catalán. Es decir, se enuncia la materia en términos genéricos para, seguidamente, especificar aquellas actividades o facultades que "en todo caso" corresponden al ente autonómico. En el caso catalán, en varios apartados, en gran medida reiterativos, se declara una competencia general autonómica para el establecimiento y ejecución del régimen jurídico de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Cataluña, salvando la defensa estatal contra la exportación y la expoliación. Se excepciona también la regulación

---

[96] *Cfr.* L. POMED SÁNCHEZ, quien pese a subrayar la falta de concordancia de los artículos 148.1.16ª. y 149.1.28ª CE, duda de que pueda sobreentenderse una competencia residual estatal para la regulación y gestión del patrimonio que exceda del interés comunitario, en "La Ley del Patrimonio Cultural Aragonés…", cit., págs. 23, 25.

y gestión de los bienes culturales de titularidad estatal, incorporando, en términos más amplios, uno de los pronunciamientos que realizara el Tribunal Constitucional en la STC 17/1991, al enjuiciar la constitucionalidad de la LPHE[97]. Por su parte, el nuevo Estatuto andaluz, aunque sigue la redacción catalana en otras materias culturales, ha mantenido la competencia sobre Patrimonio Cultural en los términos que recogía el anterior Estatuto[98].

---

[97] Artículo 127. 1. b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la redacción dada por la LO 6/2006, de 19 de julio. En este punto, el Estatuto catalán no ha apurado las posibilidades de asunción de competencias sobre gestión del Patrimonio Cultural respecto a lo que permite la STC 17/1991, en su interpretación del artículo 6.1.b) LPHE. De acuerdo con este precepto, la competencia estatal para la aplicación de la LPHE se limita a los bienes integrantes del Patrimonio Nacional y a los adscritos a *servicios públicos gestionados por la Administración del Estado*, lo que constituye un ámbito más restringido que el asumido en el artículo 127.1. b) del nuevo Estatuto catalán. Por el contrario, sí resultan controvertidos los apartados 2 y 3 de ese mismo artículo, que fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad. El primero reclama para la Generalidad la competencia para regular el funcionamiento, organización y régimen de personal de los museos estatales que gestione la Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional ha avalado su constitucionalidad al entender que las potestades atribuidas a la Comunidad Autónoma no exceden el concepto de gestión autonómica, sin perjuicio de que se encuentre sometida a la competencia normativa del Estado. Por su parte, el apartado 3, en su primer inciso, exige el acuerdo de la Generalidad para toda inversión en bienes y equipamientos culturales que realice el Estado en Cataluña. El Tribunal Constitucional condiciona la constitucionalidad de esta disposición a que no se interprete el mencionado acuerdo de la Generalidad como "condición necesaria e inexcusable para el ejercicio de la competencia estatal en el ámbito de la cultura, de suerte que en su defecto le fuera imposible al Estado la inversión en bienes y equipamientos culturales", citando en apoyo la doctrina sentada en la STC 49/1984 a propósito del artículo 149.2 CE. En todo caso, las funciones estatales se ejercen en un contexto de colaboración con las Comunidades Autónomas, tal y como se desprende de la propia literalidad del artículo 149.2 CE. V. al respecto STC 31/2010, de 28 de junio (FJ. 73).

[98] Artículo 68 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en la redacción dada por la LO 2/2007, de 19 de marzo. El nuevo Estatuto andaluz copia al catalán al especificar las tareas que corresponden a la Comunidad Autónoma dentro de la competencia de ejecución en gestión de centros de depósito cultural estatales. Es más moderado, en cambio, que el *Estatut* al disponer que "[l]a Comunidad

Las operaciones de reforma estatutaria tienen más interés por lo que han dejado de hacer que por las innovaciones que han aportado. En este sentido, resulta llamativo que los Estatutos de Autonomía de las Comunidades de "segundo nivel" no hayan experimentado cambios en punto a eliminar la coletilla "del interés de la Comunidad". La lógica del doble techo competencial hubiera debido llevar a que en sucesivas reformas el mencionado inciso desapareciera de los textos estatutarios, de manera que la competencia estatal sobre sus territorios hubiera quedado formalmente limitada a la defensa contra la exportación y la expoliación. Sin embargo, no ha sido así: las modificaciones se han ocupado de ampliar la enumeración de adjetivos que acompañan al patrimonio, incorporar la cláusula "sin perjuicio" para salvar las competencias estatales, pero no se ha considerado oportuno o necesario homologar la redacción de los Estatutos de las Comunidades del artículo 143 –más Galicia- en el punto en que sustancialmente difieren de las Comunidades de "primer nivel". Aunque esta regla tiene también su excepción: la reforma del Estatuto de las Islas Baleares por LO 1/2007, de 28 de febrero (art. 30.25) sí ha eliminado el inciso.

Algo parecido ha ocurrido con la competencia sobre museos, bibliotecas y otros centros de depósito cultural. Como ocurre con el patrimonio, el artículo 148.1.15ª CE y los estatutos dictados al amparo del artículo 143 CE recogen el interés de la Comunidad Autónoma como delimitador de la competencia autonómica. En esta materia, sin embargo, desde un inicio los estatutos trascendieron el

---

Autónoma *participará* en las decisiones sobre inversiones en bienes y equipamientos culturales de titularidad estatal en Andalucía".

marco del 148 y avanzaron en la asunción de competencias de gestión de museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, como permite el artículo 149.1.28ª CE. Así, los estatutos de Comunidades Autónomas de "segundo nivel", partiendo de la premisa de que los centros de depósito cultural tuvieran "interés para la Comunidad Autónoma", distinguían una competencia exclusiva sobre aquéllos que no fueran de titularidad estatal y una competencia de ejecución sobre los que fueran de titularidad estatal, siempre que el Estado cediera su gestión mediante convenio. En los Estatutos de Comunidades de "primer nivel" también se formulan dos tipos de competencia sobre centros de depósito cultural: la de mera ejecución y la exclusiva, según fueran o no de titularidad estatal, pero en aquéllos no figura mención alguna al interés de la Comunidad Autónoma. Esta diferencia en el modo de asumir las competencias entre unas Comunidades y otras permitiría que el Estado, en las Comunidades de nivel inferior, eventualmente reclamara la tutela o la gestión de centros que no fueran de su titularidad, en la medida en que su interés trascendiera de la Comunidad (pensemos en un archivo local o en un museo provincial extraordinariamente relevante), pero es un supuesto que no se ha dado. La falta de ejercicio por el Estado de una competencia que, con carácter residual, le compete ha determinado en la práctica una igualación del nivel competencial entre las distintas Comunidades Autónomas en materia de centros de depósito cultural, pese a las diversas redacciones de los Estatutos. Esto explicaría la falta de interés en reformular la competencia sobre centros de depósito cultural no

estatales para homologar su redacción con las Comunidades del 151[99].

1.2.1.3. Una difícil articulación competencial

Que se llegue a la conclusión, en atención a la tramitación de las distintas disposiciones y a su literalidad, de que el bloque de la constitucionalidad consagra un doble nivel competencial en materia de Patrimonio Cultural no significa que se suscriba como idónea la distribución de competencias que Constitución y Estatutos trazan en este punto: plantea problemas irresolubles en el plano de la interpretación y hace difícil su articulación en el orden práctico. Desde el punto de vista lógico, resulta difícilmente justificable que el Estado se desprenda de la regulación y de la gestión del Patrimonio Cultural en aquellas esferas o ámbitos que, por su interés, pueda presentar alcance general y ser expresión de una cultura compartida. Esta objeción lógica puede salvarse si se tiene presente que esas manifestaciones del Patrimonio Cultural se encuentran en gran medida en la esfera de competencia estatal en virtud del artículo 149.1.28ª CE, a través de las grandes instituciones y centros de depósito cultural de su titularidad, a los que podrían añadirse los que el Estado creara *ex novo*, al amparo del deber de servicio a la cultura que establece el artículo 149.2 CE. Por otra parte, desde el punto de vista lógico no es una operación fácil deslindar un

[99] Precisamente, el inciso del interés comunitario sí se ha eliminado en la competencia de ejecución para la gestión de centros de depósito cultural de titularidad estatal. La supresión del inciso procede de la transferencia realizada por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia a las Comunidades Autónomas (artículo 4 d), fruto de los pactos autonómicos de 1992. Posteriormente, las reformas estatutarias incorporaron como propia la competencia transferida.

patrimonio de interés regional y otro de interés estatal, dado que el interés regional también está presente en el segundo.

Mayores dificultades plantea la articulación de la competencia estatal de defensa contra la expoliación, con independencia del "grado" en que formalmente las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias sobre Patrimonio Cultural, ya que sobre todas ellas incide este título competencial del Estado. Como se anticipó, no existía un uso previo normativo que orientara acerca del sentido de este término en el ámbito del Patrimonio Cultural[100], ni consta ninguna referencia sobre su introducción en los debates parlamentarios para conocer el alcance con el que era manejado por el constituyente. Si se acude al criterio estrictamente gramatical, el diccionario de la Real Academia define expoliar como la acción de despojar con violencia e iniquidad. En virtud de este último matiz, podría entenderse que la defensa contra la expoliación habilitaría al Estado para combatir algo más que los ataques violentos que pueda sufrir el Patrimonio Cultural.

El problema reside en la articulación (o, mejor dicho, superposición) de la competencia estatal con la autonómica, en especial cuando el Estado opta (como hizo en la LPHE) por una de las lecturas más amplias entre las posibles. De una parte, plantear un reparto según un esquema de competencias materiales exclusivas, en

---

[100] Sí es posible encontrar este término en el ámbito de los seguros, donde la expoliación se configura usualmente en las condiciones generales de los contratos como un riesgo distinto del hurto y del robo, definido como una sustracción ilegítima en la que se emplea violencia o intimidación contra las personas. Por ejemplo, la sentencia núm. 699/2004, de 6 de octubre, de la Audiencia Provincial de Vizcaya (AC 2004\2186), ilustra un caso en el que el Tribunal distingue robo y expoliación a efectos de la cobertura de un suceso, de acuerdo con los términos expresados en la póliza.

el que la competencia estatal se inserte como una cuña en un contexto general de competencia autonómica, puede articularse en la defensa contra la exportación, al tratarse de un título que se alinea con otros estatales y no colisiona *a priori* con otras competencias autonómicas. Dentro de la economía general del reparto competencial, el Estado se encuentra en mejor posición para la lucha contra la exportación puesto que otros títulos ya lo dotan de los medios jurídicos y administrativos que permiten un cumplimiento más eficaz del propósito que marca la Constitución. Pero no puede decirse lo mismo de la defensa contra la expoliación, aún cuando se opte por una interpretación estricta de este término ceñida a evitar la destrucción física de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural. La competencia estatal no puede actuar sobre un vacío normativo y ejecutivo: no tendría mucho sentido que el Estado se limitara a diseñar un régimen penal o sancionatorio, desligado de toda ulterior regulación sustantiva, es necesario definir, en primer término, el patrimonio a defender, determinar categorías formalizadas de protección a partir de las cuáles operar, etc. Si, como se deduce de la literalidad del artículo 149.1.28ª CE, en la defensa frente a la expoliación el Estado ostenta la totalidad de funciones posibles, normativas y ejecutivas, la exclusividad de la competencia estatal implicaría que privar a la competencia autonómica sobre el Patrimonio Cultural de toda dimensión protectora o defensiva, ya que ésta constituye, por definición, la esencia de la defensa frente a la expoliación.

Otro posible planteamiento, con apoyo en el artículo 149.2 CE, sería concebir la competencia estatal y la autonómica como concurrentes, desplegadas en paralelo sobre la misma realidad material. Sin embargo, tampoco se sostendría en la práctica. El

ejercicio paralelo de una competencia idéntica sobre una materia puede admitirse cuando se trata de actividades prestacionales y de fomento –y en este segundo caso, siempre que no se condicione al cumplimiento de prescripciones fijadas por la instancia prestadora de la ayuda, que podrían entrar en conflicto con el ejercicio de competencias de otro ente público-. Pero la concurrencia competencial en el ejercicio de funciones defensivas, protectoras, de policía administrativa es difícilmente concebible: ¿cómo articular dos diversos regímenes jurídicos, con diversas categorías de protección y estatutos específicos para los propietarios de bienes del Patrimonio Cultural, uno fundado en la competencia autonómica sobre el Patrimonio de su interés y otro fundado en la competencia estatal de defensa contra la expoliación?

La Constitución y los Estatutos abocan a una virtual concurrencia del Estado y las Comunidades Autónomas en las políticas de protección del Patrimonio Cultural, no facilitan elementos o técnicas que permitan una articulación racional de las mismas[101]. Este problema ha conducido a que, en la búsqueda de una interpretación que armonice las competencias autonómicas con una competencia estatal que no tenga un carácter meramente testimonial, se haya forzado en su interpretación la letra y el espíritu de Constitución y Estatutos para acomodarlo a esquemas de reparto más racionales.

---

[101] En este sentido, señala L. POMED SÁNCHEZ la "notable carga de potencial conflictividad" que encierra la singular fórmula empleada para la distribución competencial en materia de Patrimonio Cultural, en "La Ley del Patrimonio Cultural…", cit., pág. 25.

1.2.2. La traducción de la distribución de competencias por los legisladores estatal y autonómico y la posición del Tribunal Constitucional

1.2.2.1. Del lado del Estado: la construcción normativa de una competencia de alcance general en materia de Patrimonio Cultural

1.2.2.1.1. Los antecedentes: El Proyecto de Ley de 1981 y los Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios

Las primeras interpretaciones del reparto de competencias que, en términos tan ambiguos –especialmente en cuanto a la extensión de la competencia estatal- establecen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se encuentran en los Reales Decretos de transferencia.

Ya desde las primeras transferencias a los entes preautonómicos, en la materia que hoy denominaríamos Patrimonio Bibliográfico, se observa que el Estado tiende a dejar el grueso de la ejecución a las instancias territoriales infraestatales, incluso en ámbitos en los que la Constitución habilita al Estado para el ejercicio de la totalidad de las funciones. Así se transfiere a los entes preautonómicos la tramitación de las solicitudes de exportación de los bienes integrantes del "Tesoro bibliográfico"[102].

[102] V. RD 2210/1979, de 7 de septiembre, de transferencias a la Generalitat de Cataluña (arts. 10-12); RD 2843/1979, de 7 de diciembre, a la Junta de Canarias (arts. 28-30); RD 2874/1979, de 17 de diciembre, al Consejo Regional de Asturias (arts. 49-51); RD 2912/1979, de 21 de diciembre, a la Junta Regional de Extremadura (arts. 52-54); RD 3072/1979, de 29 de diciembre, a la Junta de Comunidades de la Región Castellano-Manchega (arts. 27-28) ; RD 3072/1979, de 29 de diciembre, al Consejo del País Valenciano (arts. 8-10); RD 466/1980, de 29 de febrero, al Consejo Regional de Murcia (arts. 50-52); RD 1634/1980, de 31 de julio, a la Junta de Galicia (arts. 42-44); Real Decreto 3528/1981, de 29 de diciembre, al Consejo General de Castilla y León (Anexo I, A, 1.3); Real Decreto 3529/1981, de 29 de diciembre, a la Diputación General de Aragón (Anexo I, A, 1.3). En los mismos términos se transfirieron funciones y servicios a Cantabria, ya constituida en

La primera Comunidad Autónoma en recibir transferencias en el marco más amplio del Patrimonio Cultural fue el País Vasco en 1980[103]. Se afirma que corresponden a la nueva Comunidad Autónoma la totalidad de las funciones que el Estado ejercía hasta ese momento en el territorio vasco sobre la materia. Ninguna disposición hace alusión a otros títulos que permitan al Estado incidir en el campo del Patrimonio Cultural. Tampoco contiene ninguna referencia a la defensa frente a la expoliación y, en cuanto a la exportación, queda para el Estado la resolución definitiva de las solicitudes, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la tramitación de éstas y la decisión previa, de tal manera que la negativa autonómica impide la exportación. En términos análogos, se transfieren funciones y competencias a Cataluña en 1981[104].

Del año 1982 en adelante, a partir del decreto de transferencias a Galicia, se instaura un nuevo patrón en el traspaso de funciones y servicios[105]. Se aprecia una voluntad de homogeneizar la posición de

---

Comunidad Autónoma, mediante Real Decreto 2416/1982, de 24 de julio (Anexo I, B, 3.c).

[103] Real Decreto 3069/1980, de 26 de septiembre (apartado B, 2 y 10).

[104] Real Decreto 1010/1981, de 27 de febrero (apartado B, 1 y 4).

[105] Se inscriben en este modelo los siguientes traspasos: Real Decreto 2434/1982, de 24 de julio, a Galicia; Real Decreto 3019/1983, de 21 de septiembre, a Castilla y León; Real Decreto 3031/1983, de 21 de septiembre, a Murcia; Real Decreto 3039/1983, de 21 de septiembre, a Extremadura; Real Decreto 3040/1983, de 5 de octubre, a Baleares; Real Decreto 3065/1983, de 5 de octubre, a Aragón; Real Decreto 3149/1983, de 5 de octubre, a Asturias; Real Decreto 3296/1983, de 5 de octubre, a Castilla-La Mancha; Real Decreto 3023/1983, de 13 de octubre, a La Rioja; Real Decreto 3066/1983, de 13 de octubre, a la Comunidad Valenciana; Real Decreto 3355/1983, de 28 de diciembre, a Canarias; Real Decreto 3547/1983, de 28 de diciembre, a Cantabria; y Real Decreto 680/1985, de 19 de abril, a Madrid. El traspaso de funciones y servicios a Navarra, operado por Real Decreto 335/1986, de 24 de enero, se efectúa ya sobre el esquema que traza la LPHE de 1985.

las Comunidades Autónomas con independencia de los términos literales en que se expresan los Estatutos. En este sentido, idénticos pronunciamientos contiene el decreto de traspaso a Aragón, cuyo Estatuto configuraba la competencia autonómica sobre Patrimonio Cultural como de desarrollo legislativo y ejecución, que los decretos para la Comunidad Valenciana y Canarias, cuyos estatutos asumen una competencia exclusiva sobre el Patrimonio Cultural sin más límites que la competencia estatal del artículo 149.1.28ª CE. Las ligeras variantes que pueden apreciarse entre los distintos textos son atribuibles más a la falta de rigor o a olvido en las Comisiones Mixtas que a una voluntad diferenciadora. Los Reales Decretos afirman la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas o que corresponden a éstas la totalidad de las funciones sobre el patrimonio de su interés (Anexo I, Apartado B). Sin embargo, este criterio resulta definido exclusivamente por referencia a un criterio *territorial* y no cualitativo: integran el patrimonio de interés de la Comunidad Autónoma todos los bienes culturales *radicados* en la Comunidad Autónoma. Es decir, el Estado no reclama en los decretos un ejercicio exclusivo de una competencia con base en un interés nacional o general sobre bienes especialmente cualificados por su relevancia cultural, si bien se admite la posibilidad de una gestión compartida estatal y autonómica sobre alguno de los bienes del patrimonio de la Comunidad mediante convenio[106]. Tan sólo se excluyen expresamente de la esfera de competencia autonómica los bienes de titularidad estatal depositados o procedentes de centros de

[106] Critica esta interpretación de la fórmula del interés comunitario ALEGRE ÁVILA, en *Evolución y régimen jurídico…*, cit., tomo II, págs. 666-667.

depósito cultural estatales[107]. Puede decirse, por tanto, que en los decretos se adopta una interpretación del inciso "de interés de la Comunidad Autónoma" en Patrimonio Cultural paralela al sentido que presenta en los Estatutos en el título sobre centros de depósito cultural: de interés autonómico es cualquier bien o institución que no sea de titularidad estatal radicado en el territorio de la Comunidad Autónoma. De ahí que el *quantum* de competencias ejecutivas transferidas a estas Comunidades es prácticamente idéntico –salvo en lo relativo a la tramitación de solicitudes de exportación[108]- que en los casos de Cataluña y País Vasco.

Más que en las concretas actividades que se dicen de la Comunidad Autónoma o del Estado, la diferencia principal entre los Reales Decretos anteriores y posteriores a 1982 está en el tono en que se expresan, pues ahora se hace énfasis en la existencia de una pluralidad de títulos que habilitarían al Estado para actuar en materia de Patrimonio Cultural, distintos de los derivados de los

---

[107] Prueba de la falta de rigor de las Comisiones Mixtas a que aludíamos en texto es el decreto de traspasos a Galicia que, aunque define qué se entiende por patrimonio de interés de la Comunidad no excluye de la competencia autonómica los bienes estatales, precisión que comenzó a incluirse en decretos posteriores. O que en los decretos para la Comunidad Valenciana y Canarias, cuyos Estatutos no recogen el inciso del "interés", no figure la disposición aclaratoria que venimos mencionando y, en cambio, en el decreto de traspasos a Madrid, se omita toda referencia a esta cuestión.

[108] Como se indicó, fue transferida a País Vasco y Cataluña la tramitación de las solicitudes de exportación de bienes del Patrimonio Cultural radicados en su territorio, determinando la negativa autonómica la finalización del procedimiento. Sin embargo, no puede decirse que las Comisiones Mixtas siguieran un criterio coherente con los términos de los Estatutos, de manera que exista correspondencia entre la transferencia de competencias sobre exportación y la asunción de competencias en el marco del artículo 149.1.28ª CE o del 148.1.16ª CE. Por el contrario, asumiendo Andalucía, Comunidad Valenciana y Canarias competencias sobre Patrimonio Cultural en términos análogos a País Vasco y Cataluña, sólo a Andalucía le fue transferida la tramitación de solicitudes de exportación.

artículos 148.1.16ª y 149.1.28ª CE, aunque no se llega a precisar en qué se traduciría su ejercicio. Los decretos afirmarán que las Comunidades Autónomas *ejecutan la legislación estatal* para la declaración de monumentos y conjuntos históricos, lo que en aquel momento remitía fundamentalmente a la Ley sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico, de 13 de mayo de 1933[109] y reglamentos de desarrollo. Pero la aportación más significativa de estos Reales Decretos, en términos de función administrativa, es la previsión de un mecanismo subsidiario por el que el Estado puede adoptar y aplicar medidas protectoras, en defecto de respuesta por parte de la Comunidad Autónoma al requerimiento previamente cursado por el Estado para que adopte las medidas necesarias (Anexo I, apartado C), anticipando la solución que recogería en 1985 el artículo 4 LPHE.

En este contexto, el tardío Real Decreto de traspaso de funciones y servicios a Andalucía[110] se sitúa a medio camino entre los decretos anteriores y posteriores a 1982. Como en los casos catalán y vasco, no se menciona que los bienes culturales de titularidad estatal queden al margen de la competencia autonómica –de hecho, la gestión ordinaria de la Alhambra y el Generalife pasa a ser autonómica, aunque con participación estatal en los órganos responsables-, la administración andaluza tramita las solicitudes de exportación que resolverá el Ministerio y tampoco se explicita que la Comunidad Autónoma ejecute la legislación estatal. En cambio, sí contempla el mecanismo de intervención subsidiaria del Estado y

[109] BOE núm. 359, de 25 de diciembre de 1955.

[110] Real Decreto 864/1984, de 29 de febrero.

afirma la existencia de otros títulos de competencia estatal que pueden incidir en el Patrimonio Cultural.

Esa diferencia que se aprecia entre los traspasos anteriores y posteriores a 1982 se explica en gran medida por el influjo ejercido por el Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico-Artístico Español de 1981, en el que ya se prefiguraban algunas de las soluciones que recogería la Ley de 1985[111]. En efecto, inspiraba este proyecto la voluntad de dictar una normativa con pretensión de código, de aplicación a todas las Comunidades Autónomas. A tal fin, el grueso de sus disposiciones se fundaba en la competencia estatal para la defensa frente a la exportación y la expoliación y el artículo 149.1.1 CE (art. 5.1), sin perjuicio de que se admitiera el desarrollo y ejecución por las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo que dispusieran sus Estatutos (art. 5.2)[112]. Igualmente contemplaba la actuación subsidiaria de la administración estatal en defensa del Patrimonio, previo requerimiento a la Comunidad Autónoma (art. 3.3), en un marco de competencia ejecutiva ordinaria autonómica sobre el Patrimonio Cultural.

Los Reales Decretos de traspaso que se dictaron con posterioridad reflejan en gran medida las opciones normativas y de articulación que contenía el Proyecto. De este modo, a partir de un texto constitucional que acotaba para el Estado un ámbito de

---

[111] *Boletín Oficial de las Cortes Generales,* Serie A, núm. 207-I, 14 de septiembre de 1981.

[112] A. PÉREZ DE ARMIÑÁN y DE LA SERNA da noticia de los largos debates habidos en el seno del Ministerio para hallar un encaje constitucional de la Ley estatal y una articulación competencial más funcional, en *Las competencias del Estado sobre…*, cit., págs. 44-45.

competencia exclusiva dentro de la defensa del Patrimonio Cultural se transita en la práctica hacia un papel del Estado que se desenvuelve fundamentalmente en el plano legislativo y que desplaza, en líneas generales, a las Comunidades Autónomas las tareas ejecutivas, quedando la intervención administrativa estatal en una posición de garantía última, de carácter excepcional. En resumen, el esquema que se desprende del bloque de la constitucionalidad, de dos competencias –estatal y autonómica- definidas en términos de exclusividad que concurren o confluyen sobre una misma realidad material con actividades secantes o parcialmente coincidentes, tiende a transformarse *mutatis mutandi* en un esquema de reparto funcional tipo legislación – ejecución. El punto más confuso en este diseño es el relativo a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas que, aunque no explicitada en los decretos de transferencia, no parecía descartarse, en especial para aquellas Comunidades cuyos decretos no afirmaban que a éstas correspondía la "ejecución de la legislación estatal". También la literalidad del proyecto de Ley de 1981 podría abonar la interpretación de que el Estado contemplaba un ejercicio de la potestad legislativa con diverso alcance, en atención, a su vez, al diverso grado competencial de las Comunidades Autónomas (art. 5.2)

El análisis de los Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios revela, en definitiva, una cierta evolución en la interpretación de la competencia estatal y de su articulación con las Comunidades Autónomas. En líneas generales, las diferencias que se observan parecen obedecer más al momento en que fueron dictados y al estado de maduración de la reflexión del Estado sobre su propia competencia, que al carácter de las Comunidades Autónomas

destinatarias de las transferencias. En este sentido, se constata una cierta tendencia hacia la homogeneización competencial, al margen de lo que la lógica constitucional y los propios textos estatutarios sugerían.

1.2.2.1.2. La Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985

La ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español profundizó en la interpretación de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas según un modelo uniforme, que obviara las diferencias en la asunción de competencias por los Estatutos[113]. En este sentido, la LPHE adopta en gran medida el esquema, de acento más estatal, que se introduce a partir del Real Decreto de traspasos a Galicia, profundizando en él, hasta el punto de hacer revertir al Estado algunas de las funciones que se declaraban autonómicas en los decretos de transferencia.

La LPHE es una norma que disciplina el entero régimen jurídico del Patrimonio Cultural, tiene una pretensión de ordenación sistemática y general de la materia. Define los intereses que cualifican los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español así como los tipos de bienes que se estiman dignos de tutela, diseña instrumentos administrativos que dispensan un diverso grado de protección a los bienes en función del tipo de declaración administrativa de que son objeto (bienes de interés cultural y bienes

[113] Esta tendencia uniformizadora es una constante en la legislación estatal y ha sido asumida en la jurisprudencia constitucional, según señala C. VIVER PI i SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional,* cit., pág. 95.

muebles inventariados), disciplina un estatuto básico de los propietarios y poseedores de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, establece obligaciones que garanticen la integridad de aquel así como el derecho de acceso a dichos bienes como concretización del derecho de acceso a la cultura, regula derechos de adquisición preferente a favor de las entidades públicas, arbitra medidas fiscales y financieras para estimular la conservación del Patrimonio, establece un régimen sancionador[114]. La LPHE también regula la exportación, o más ampliamente, las condiciones para la salida del territorio nacional de los bienes culturales y ofrece, por primera vez, un concepto de expoliación. Indica, además, las instancias territoriales competentes para aplicar las diversas determinaciones de la Ley.

La voluntad de abordar un tratamiento omnicomprensivo del régimen jurídico del Patrimonio Cultural estaba ya presente en el Proyecto de Ley de 1981, pero a diferencia de éste, la LPHE omite precisar la base constitucional que justifique un ejercicio tan extenso de la potestad legislativa estatal. El artículo 2 LPHE invoca los artículos 44 y 46 CE, entre los principios rectores de la política social y económica –, 149.1.1ª y 149.2 CE como fundamento genérico del deber y atribución esencial de la Administración del Estado en orden a "garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así

---

[114] No procede en este punto detallar el régimen jurídico que establece la LPHE sino dar cuenta de su alcance totalizador. Contienen un estudio completo del régimen jurídico las siguientes obras, citadas por la fecha de su publicación: C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico,* cit.; J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico y la Ley de 25 de junio de 1985,* cit.; R. ALONSO IBÁÑEZ: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural,* cit.; J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomos I y II.

como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él". También se afirma, ya sin hacer salvedad de otros poderes públicos, la competencia de la administración estatal de protección frente a la exportación ilícita y la expoliación, con base en el artículo 149.1.28ª CE. Finalmente, el artículo 149.1.3ª CE –relaciones internacionales- es citado para justificar las competencias de la Administración del Estado en la difusión internacional del Patrimonio y otras acciones que impliquen relaciones o intercambios con otros Estados y organismos internacionales. El artículo 2 LPHE, por tanto, no da razón de por qué se dicta la Ley, sino que *literalmente justifica las atribuciones que se efectúan a la Administración del Estado*. La paradoja reside en que, como veremos, se trata de una ley dictada para ser aplicada en gran medida por las Comunidades Autónomas, hasta el punto de que algún precepto llegue a precisar el órgano autonómico competente para su aplicación[115].

Podemos presumir que los preceptos constitucionales esgrimidos para justificar la intervención de la Administración del Estado constituyen, en realidad, el fundamento implícito de toda la Ley. Aún en ese caso, es muy discutible que los títulos genéricamente invocados ofrezcan base competencial para una norma de la extensión y pretensiones de la LPHE. Los artículos 44 –derecho de acceso a la cultura- y 46 CE –misión de los poderes públicos respecto al Patrimonio Cultural- son preceptos competencialmente neutros, cuyas redacciones remiten a lo que las disposiciones sobre

[115] Así, el artículo 78 LPHE establece la competencia de los Consejos de Gobierno autonómicos para imponer sanciones cuya cuantía supere los 25.000.000 de pesetas.

distribución de competencias prevean. El título estatal para establecer las bases que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes (art. 149.1.1ª CE) se orienta más bien a habilitar al Estado para un ejercicio puntual de una competencia normativa que remedie resultados desproporcionadamente divergentes en el ejercicio de competencias autonómicas con afección a derechos y deberes de los ciudadanos[116], sin que, en ningún caso, ampare una regulación estatal acabada en una materia de competencia autonómica. En cuanto al artículo 149.2 CE, significativamente ubicado al margen de las reservas competenciales que efectúa el primer apartado, tan sólo contemplaría, de acuerdo con el binomio defensa-enriquecimiento que acoge el artículo 46 CE, la actividad del Estado en el campo de la promoción del Patrimonio Cultural[117] así como el papel insustituible que a este corresponde para garantizar la comunicación y colaboración entre las instancias administrativas implicadas, en un contexto general de descentralización política cultural. Las relaciones internacionales (art. 149.1.3ª) y defensa contra la exportación de los bienes que integran el Patrimonio Cultural (art. 149.1.28ª CE) remiten a un espacio limitado en el contexto de la regulación de los bienes culturales.

---

[116] Específicamente, para el Patrimonio Cultural, J. A. ALEGRE ÁVILA, en *Evolución y régimen jurídico…*, tomo II, pág. 725-726; con carácter general, J. BARNES VÁZQUEZ, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE,* Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004, págs. 22-23 y 121-157.

[117] Entienden que el artículo 149.2 CE no constituye estrictamente una norma atributiva de competencia al Estado, sino más bien una capacitación del Estado para el desarrollo de funciones ejecutivas en materia de fomento y servicio público cultural, J. ESTEVE PARDO, "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas…", cit., págs. 107-108, y más ampliamente, R. CARRASCO i NUALART, "La distribució de competencies…" cit., págs. 92-93.

Es el título de defensa frente a la expoliación el punto donde desemboca el debate sobre la base competencial para un ejercicio amplio de la potestad legislativa. Como se ha indicado, no existía en la legislación preconstitucional un precepto que diera pistas para integrar un concepto normativo de expoliación en el ámbito del Patrimonio Cultural, que hubiera podido tener en mente el legislador constituyente. La LPHE es la primera norma que ofrece una definición en su artículo 4. Bien es cierto que lo hace a efectos de describir un supuesto de hecho que justifica la intervención ejecutiva del Estado para adoptar con urgencia medidas conducentes para evitar la expoliación, empleando el mecanismo de actuación subsidiaria que ya apareciera en el Proyecto de Ley de 1981 y en los Reales Decretos de traspasos a partir de 1982[118]. Pero en la amplitud

---

[118] El desarrollo reglamentario de este mecanismo se contuvo, inicialmente, en el artículo 11.2, párrafos 2º y 3º del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero y desarrollado, posteriormente, en el capítulo tercero del Título III introducido por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero (art. 57 bis Real Decreto 111/1986). En él se habilita al Estado para adoptar, por Orden Ministerial, cualquier medida conducente a evitar la expoliación, tras oír a la Comunidad Autónoma. Tales medidas deberán ser ejecutadas por el titular del bien o, subsidiariamente, por la Administración competente (la autonómica), que será requerida a tal efecto, y, subsidiariamente, si el requerimiento no fuera atendido, por el Estado. Tal y como se expone en la exposición de motivos del Real Decreto 64/1994, la regulación está presidida por el principio de intervención mínima, por lo que se contempla, específicamente que sólo actúe el Estado si, de su intervención, "se deducen o pueden deducirse consecuencias positivas inmediatas y efectivas para la real protección del bien" (art. 57 bis 5.a), de modo que esta no tendrá lugar "cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la Ley 16/1985 o en su propia legislación, y el Ministerio de Cultura estime que son adecuadas y suficientes para la recuperación del bien" (art. 57 bis 5.b).

La práctica que venía realizando el Estado cuando recibía una denuncia de expoliación se limitaba a la petición de información a la Comunidad Autónoma, sin desarrollar una actividad instructora propia, justificando en los datos aportados por aquélla la ausencia de expoliación, actuación a todas luces insuficiente cuando la regla general es que sean las propias administraciones competentes en materia de Patrimonio Cultural las denunciadas. Dan cuenta de esta práctica estatal las sentencias de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2001 (JUR 2001\294537) y del

con que se traza la definición quizás se encuentra implícita la justificación del ejercicio extensivo de la potestad legislativa por el Estado. Para la LPHE es expoliación "toda acción u omisión que

---

Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2007\578), recaídas en una denuncia relativa al conjunto histórico de Sepúlveda por la construcción de una carretera promovida por las administraciones local y autonómica, que se resuelve con una resolución negativa del Estado a la declaración de la expoliación. De este modo, las facultades ejecutivas estatales al amparo del artículo 4 LPHE han permanecido inéditas hasta la adopción de la Orden Ministerial CUL/3631/2009, de 29 de diciembre. En ella el Estado resuelve el procedimiento de expoliación iniciado por denuncia de la "Plataforma Salvem el Cabanyal-Canyamelar" contra el plan especial de protección y reforma interior del barrio del Cabanyal (Valencia) –incluido en la delimitación del conjunto histórico de Valencia, declarado por Decreto 57/1993, de 3 de mayo, conforme a la legislación valenciana-. Dicho plan resultó finalmente aprobado por el Ayuntamiento de Valencia, con el informe favorable de las instituciones autonómicas competentes en materia de Patrimonio Cultural. La relevancia de la Orden reside no sólo en el hecho de constituir el primer caso en que se resuelve en el sentido expresado en la denuncia el procedimiento de expoliación y en que el Estado ordena la adopción de medidas ejecutivas, sino que expresa un cambio en la práctica seguida hasta ahora, forzado por sendos pronunciamientos judiciales. Téngase en cuenta que la Orden CUL/3631/2009 trae causa de la STS de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009\4513), por la que se desestiman los recursos de casación interpuestos por la Administración del Estado y la Generalidad de Valencia contra la STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2004, que resultó confirmada. En esta sentencia se anuló la resolución inicial del Ministerio de Cultura que rechazaba la declaración de expoliación por falta de motivación y deficiente actividad instructora por parte del Estado –que se limitaba a acoger la información remitida por la Comunidad Autónoma, que era, precisamente, la instancia denunciada junto al Ayuntamiento- y obligaba a retrotraer el expediente. A resultas de la nueva tramitación, que se produce bajo un Gobierno central de otro signo político, se declara la expoliación y se ordena al Ayuntamiento de Valencia y a la Generalidad la suspensión de las acciones encaminadas a la ejecución del plan especial.

La Generalidad Valenciana quiso eludir el cumplimiento de la Orden Ministerial mediante la adopción del Decreto-Ley 1/2010, de 7 de enero, en el que se declara que el plan especial no daña el conjunto histórico ni supone pérdida de los valores que motivaron su declaración ni perturba el cumplimiento de su función social. La Ley valenciana 2/2010, de 31 de marzo, que sustituye al Decreto-Ley, ha sido objeto de impugnación por el Estado ante el Tribunal Constitucional y su suspensión ha sido mantenida (ATC 104/2010, de 28 de julio). Para conocer los antecedentes del caso, antes de que recayera la sentencia del Supremo de 2009 y el Estado declarara la expoliación, v. J. L. RAMOS SEGARRA: "El Cabanyal, cronología de un urbanicidio", *PC y D*, núm. 12, 2008, págs. 69-104. Con carácter general, v. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, "La expoliación del barrio valenciano del Cabañal: competencia del Estado y rebelión autonómica", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 13, 2010, págs. 44-57.

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*": la expoliación no se contempla exclusivamente como una amenaza de orden físico o material, sino también jurídica, que puede existir aún cuando no esté en peligro la integridad o existencia del bien en cuestión. El razonamiento -no explicitado- que inspira al legislador estatal en 1985 para justificar el ejercicio de la potestad legislativa en términos tan amplios es que la defensa contra la expoliación puede ser satisfecha por el Estado mediante la formulación de un régimen jurídico del Patrimonio Cultural cuya ejecución, en líneas generales, corresponde a las Comunidades Autónomas, reservándose el Estado un papel vigilante o de retaguardia, que de manera excepcional, le habilita para intervenir administrativamente. Esta interpretación fue la ofrecida tempranamente por MUÑOZ MACHADO[119] y, con mayor claridad, recogía también el Proyecto de Ley de 1981, que invocaba la defensa frente a la expoliación como fundamento explícito del grueso de la regulación. En todo caso, estas interpretaciones subvierten el reparto de competencias tal como se desprende de la Constitución y los Estatutos, para adoptar un modelo próximo al federalismo de ejecución, posiblemente en la idea de que constituía la única salida para eludir la concurrencia a que abocan los textos del bloque de la constitucionalidad.

---

[119] V. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* vol. I, cit., págs. 598-599. Posiblemente no es ajeno al influjo de MUÑOZ MACHADO en la LPHE el hecho de que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura le encargara a principios de 1982 un estudio sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, según informa A. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, en *Las competencias del Estado…*, cit., pág. 43, nota 27.

Si, de una parte, podemos dudar de que los títulos mencionados en el artículo 2 LPHE presten cobertura a un ejercicio amplio de la potestad legislativa estatal sobre el Patrimonio Cultural, de otra parte, es llamativa la omisión de referencias a otros títulos competenciales del Estado que conectan con algunas de las determinaciones de la LPHE de manera más evidente. Es el caso, como se verá, de la regulación de los hallazgos de bienes del Patrimonio Histórico que efectúa el artículo 44 LPHE, con expreso desplazamiento del régimen civil de los tesoros, sin que se invoque por la Ley el artículo 149.1.8ª CE[120].

El artículo 2 LPHE, a diferencia del explícito artículo 5.2 del Proyecto de 1981[121], ofrece referencias vagas a una serie de preceptos constitucionales de diversa naturaleza y alcance en cuanto a la distribución de competencias, sin ponerlos en relación con los diversos contenidos que la Ley acoge[122]. Esta falta de concreción profundiza los problemas de articulación entre la legislación estatal y las legislaciones autonómicas, que se atisbaban ya desde la Constitución y los Estatutos. En este sentido, puede decirse que el Proyecto de Ley de 1981, se comparta o no la interpretación extensiva que asume de los títulos que invocaba, presentaba al menos la ventaja de ofrecer al legislador autonómico un marco enteramente

---

[120] V. Capítulo III, epígrafe 3.2.1.

[121] El artículo 5.2 del Proyecto de Ley de 1981 declaraba que los Títulos I a VII, el grueso de la regulación, se dictaban al amparo de los artículos 149.1.1ª CE y 149.1.28ª CE, admitiendo la posibilidad de desarrollo por las CCAA; los restantes preceptos eran de aplicación supletoria (art. 5.3).

[122] Actitud evasiva que, como señala J. M. ALEGRE ÁVILA, quizás obedezca a la falta de convicción del propio legislador estatal en la suficiencia de los títulos mencionados, v. *Evolución y régimen jurídico…*, cit., tomo II, págs. 718-719.

clarificado –aunque muy estrecho- en el que desenvolverse[123]. La LPHE, por el contrario, no contempla expresamente el ejercicio de la potestad legislativa autonómica sobre el Patrimonio Cultural. Y cabe preguntarse hasta qué punto el legislador estatal había descartado esta posibilidad, toda vez que la LPHE es una norma que, en muchos de sus contenidos, se dicta para que sea aplicada directamente por las Comunidades Autónomas, sin más intermediaciones legislativas e, incluso, su desarrollo reglamentario con carácter general se confía expresamente al Estado (Disposición Final 1)[124].

La cuestión es especialmente espinosa en aquellas Comunidades Autónomas –País Vasco, Cataluña, Andalucía- cuyos Estatutos asumen competencias como un negativo del artículo 149.1.28ª CE, y cuyos Reales Decretos de traspasos, a mayor abundamiento, no indicaban que la actividad de las Comunidades Autónomas en este campo consistiera en la ejecución de la legislación estatal. Cierto es que el silencio del legislador estatal no priva a las

[123] No obstante, hay que advertir que el Tribunal Constitucional no ha visto con buenos ojos esos esfuerzos clarificadores o pedagógicos del legislador estatal y ha declarado inconstitucionales preceptos por tener un contenido exclusivamente interpretativo. En esta doctrina constitucional, presente en numerosas sentencias (SSTC 76/1983, 214/1989, 227/1988, 15/1989 entre otras) no son siempre evidentes las fronteras entre la imprescindible reflexión sobre la propia competencia que implica todo ejercicio, admitida por el TC, y la formulación por el Estado de su propia interpretación del bloque de la constitucionalidad, con pretensión de validez general, al dictar una norma carente de contenido regulatorio, ejercicio que le estaría vedado. V. un repaso de la jurisprudencia constitucional en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico,* cit., págs. 40-47.

[124] Sin embargo, las Comunidades Autónomas, sin más habilitación que sus propios Estatutos de Autonomía y los Reales Decretos de Traspaso, dictaron reglamentos ejecutivos de la LPHE en aquellas materias cuya ejecución les confiaba la ley estatal. Así, sucedió en relación a la reglamentación de las actividades arqueológicas en el que algunas Comunidades Autónomas llegaron incluso a anticiparte a la formulación de la LPHE, desplazando la aplicación del Reglamento de Excavaciones de 1912 y el Decreto de 1936; v. Capítulo IV, epígrafe 3.1.1.

Comunidades Autónomas de las competencias normativas que pudieran corresponderle, pero aboca a su ejercicio sobre presupuestos muy inseguros al no definir la LPHE la base competencial de cada uno de sus preceptos[125]. Son abundantes los autores que, desde diversos planteamientos, entienden que la LPHE cumple un papel delimitador de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, completando las determinaciones del bloque de la constitucionalidad, por lo que dado el caso sólo cabría un ejercicio de la potestad legislativa autonómica que entroncara con las determinaciones de la LPHE o se ocupara de cuestiones no tratadas en aquélla[126].

---

[125] Así, R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico…*, cit., págs. 91-92; o A. PÉREZ DE ARMIÑÁN y DE LA SERNA, en *Las competencias del Estado…*, cit., págs. 46, 62-63

[126] Así lo expresan S. MUÑOZ MACHADO, en una reflexión anterior a la LPHE, en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, cit., vol. I, pág. 598; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica…*, cit, págs.410, 420 y "La situación del Patrimonio Histórico en Andalucía…", cit., pág. 61, A. PÉREZ DE ARMIÑÁN y DE LA SERNA, *Las competencias del Estado…*, cit., págs. 51-52. La posición más rotunda en este grupo la representa R. ALONSO IBÁÑEZ, para quien la LPHE es en todo su contenido una norma de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se integra en el bloque de la constitucionalidad, las Comunidades no tendrían potestad de desarrollo normativo alguno, tan sólo funciones ejecutivas, en *El patrimonio histórico…*, cit., págs. 81-82, 102-103. Respecto a estas posturas es preciso traer a colación la doctrina constitucional según la cual para que la ley estatal cumpla propiamente una función de delimitación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas debe mediar una invocación explícita en la propia Constitución o en los Estatutos de Autonomía (SSTC 76/1983, 21/1988, 49/1993, entre otras), que no se daría en materia de Patrimonio Cultural.

Supuesto distinto, aunque no siempre resulte fácil su distinción, es el que se expresa en la STC 227/1988, de la que transcribimos por su interés, un fragmento del Fundamento Jurídico Tercero:

"[…] Una cosa es que el legislador estatal realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, subrogándose en el ejercicio del poder constituyente sin una expresa previsión constitucional o

Por el contrario, desde otras posiciones, se defiende una potestad normativa más amplia de las Comunidades Autónomas, en especial de las de primer nivel, las cuales sólo estarían estrictamente limitadas por las determinaciones de la LPHE directamente vinculadas a la defensa frente a la exportación y el mecanismo administrativo en que se sustancia la defensa contra la expoliación, teniendo en lo demás carácter supletorio[127].

Descendiendo al plano aplicativo, la LPHE determina en su artículo 6 las instancias territoriales competentes para su ejecución[128]. Con carácter general, se encomienda la aplicación de la Ley a las Comunidades Autónomas (art. 6.a) LPHE). La Administración del Estado, además de cuando resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación y la expoliación, se declara competente para la aplicación general de la Ley a bienes adscritos a

---

estatutaria (supuesto contemplado en la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que los recurrentes se apoyan), y *otra muy distinta que ejercite las potestades normativas que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen específicamente para la regulación de un sector material del ordenamiento. El desarrollo de esta actividad requiere, como presupuesto lógico, una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa del Estado, definida en la Constitución y en los Estatutos. Semejante operación interpretativa, que es común al ejercicio de toda potestad pública, no sólo no está vedada, sino que resulta imprescindible en el iter de elaboración de toda norma o acto de los poderes públicos pero que no puede confundirse con el resultado concreto a que se llegue en cada caso*. Si en la regulación de una determinada materia el legislador ha desbordado o no los límites establecidos en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, es cuestión que atañe al correcto o incorrecto desempeño de los poderes públicos que le han sido conferidos por el constituyente, los cuales, por amplios o genéricos que puedan ser en algunos casos, no suponen ejercicio del poder constituyente mismo, estando sujetos en todo caso al control de constitucionalidad de las leyes que la Constitución interpreta a este tribunal como su intérprete supremo".

[127] Desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas de nivel superior, v. R. CARRASCO i NUALART, "La distribució de competencies…", cit., pág. 96.

[128] Un precepto que, a todas luces, va más allá de la reflexión sobre el alcance y límites de la propia competencia que ha de anteceder al ejercicio de la misma, remito a lo expresado en la nota 126.

servicios públicos gestionados por el Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional (art. 6.b) LPHE). La afirmación de esta competencia estatal con carácter general resultaba novedosa respecto al País Vasco, Cataluña y Andalucía, cuyos decretos de traspaso no contenían ningún tipo de salvedad en la competencia ordinaria de la Comunidad Autónoma por razón de la titularidad de los bienes. El precepto que, a todas luces, se orienta a prevenir interferencias autonómicas en el funcionamiento de los servicios estatales, tiene difícil justificación competencial[129], toda vez que en las Comunidades Autónomas mencionadas no poseería el Estado una competencia residual, *ex* artículo 149.3 CE, para la tutela del Patrimonio Cultural de interés nacional. En este título subsidiario aún hubiera podido

---

[129] Conviene traer a colación la doctrina sentada en la STC 77/1984, de 3 de julio, en la que se afirma la posibilidad de ejercicio de competencias autonómicas (en este caso, ordenación del territorio y urbanismo) sobre espacios y bienes que integran el dominio público del Estado por adscripción a un servicio público estatal (en la sentencia, un puerto de interés general), siempre que aquélla no interfiera en el ejercicio de la competencia estatal.

Por el contrario, el criterio fijado en el artículo 6.b) LPHE se alinea con la solución adoptada en la trasposición de la normativa comunitaria de evaluación de impacto ambiental, al situar en la Administración estatal la competencia para la emisión de las declaraciones de impacto ambiental en las obras públicas que emprenda así como en las obras y proyectos de empresas y particulares sujetos a la intervención administrativa estatal. La STC 13/1998, de 22 de enero, dio por buena esta solución argumentando que no se estaría propiamente ejerciendo una potestad administrativa de tutela ambiental sino incorporando criterios ambientales al ejercicio de una competencia sustantiva. Para el Tribunal Constitucional, por tanto, la competencia sustantiva "atrae" la competencia ambiental en estos supuestos. Se trata de una interpretación harto discutible, como acredita el voto particular suscrito por cinco magistrados que incorpora la sentencia; v. las reflexiones de T. QUINTANA LÓPEZ, quien se alinea finalmente con el grupo mayoritario, en "La evaluación de impacto ambiental", en VV. AA. (dir. T. QUINTANA LÓPEZ), *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental,* Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 85-91. En cualquier caso, la argumentación empleada por el Tribunal Constitucional en este caso no es válida para explicar la determinación competencial del artículo 6.b) LPHE, ya que esta norma regula procedimientos directamente dirigidos a la protección y gestión del Patrimonio Cultural, no se trata de una actuación accesoria respecto a otra competencia sectorial de carácter sustantivo.

encontrar acomodo la competencia declarada en el artículo 6.b) LPHE, merced al proceso de identificación entre interés nacional-titularidad estatal que, según vimos, se había decantado en los decretos de transferencia. Importa destacar, en cualquier caso, que esta excepción a la competencia general autonómica se configura, literalmente, por referencia no a cualquier bien de titularidad estatal sino a los que se encuentran adscritos a servicios gestionados por el Estado. Es decir, no existiría una identificación entre espacios y bienes de dominio público estatal y exclusión de de la intervención autonómica[130]. Con todo, la LPHE determina, con este precepto, la aparición de espacios exentos a la competencia autonómica ordinaria[131].

Junto a los supuestos indicados, el artículo 6.b) LPHE afirma la competencia de la Administración del Estado en todos aquellos casos en que se indique de modo expreso en la Ley. Así, la LPHE

---

[130] No obstante, como se indicó, algunas Comunidades Autónomas han preferido "curarse en salud" y dejar al Estado toda la gestión del Patrimonio Cultural sobre bienes de su titularidad (v. por ejemplo, art. 127.1.b. Tercero, del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña). Recientemente ha rebajado el alcance del art. 6.b) LPHE, la STS de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008\8057), que efectúa una interpretación restrictiva y entra a analizar en qué medida el bien afectado por una declaración de interés cultural autonómica, pese a ser de titularidad estatal por estar integrado en un espacio adscrito al servicio público de la defensa nacional, es efectivamente soporte necesario para la prestación de tal servicio. V. comentario de E. CARUZ ARCOS, "La competencia sobre la protección de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado (Comentario a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008)", *PC y D*, núm. 13, 2009, págs. 317-321.

[131] Critica la creación de "enclaves" o "islotes" de competencia estatal en un contexto de competencia general autonómica, que han devenido con el tiempo espacios limitados de vigencia de la ley estatal, J. M. ABAD LICERAS, en "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Cultural Histórico-Artístico: soluciones doctrinales", *REDC,* núm. 55, 1999, págs. 175-176.

contempla, además de la intervención subsidiaria en casos de expoliación (art. 4 LPHE), que corresponde a la administración estatal la declaración mediante Real Decreto de los bienes de interés cultural (art. 9 LPHE); la llevanza del Registro General de Bienes de Interés Cultural (art. 12 LPHE); la inclusión de bienes y gestión del Inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español (art. 26 LPHE); las actividades conducentes a la recuperación de los bienes ilegalmente exportados, que pasarían a pertenecer a la Administración del Estado (art. 29.1 y 2 LPHE); la autorización para la exportación, supuesto al que va ligado un derecho de adquisición preferente (arts. 29 y 33 LPHE); la autorización para la salida temporal de bienes (art. 31 LPHE); la potestad de excepcionar la prohibición para declarar bien de interés cultural un bien mueble importado hace menos de diez años (art. 32.3 LPHE); la precedencia de la Administración del Estado en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en las transmisiones de bienes de interés cultural y bienes muebles inventariados cuando se destinen a un museo, archivo y biblioteca de titularidad estatal (art. 38.2, 3 y 4 LPHE); la inclusión en el Patrimonio Documental de bienes de antigüedad inferior a la expresada en la Ley (art. 49.5 LPHE); y la confección del Censo de los bienes integrantes del Patrimonio Documental y el Catálogo colectivo de los bienes integrantes del Patrimonio Bibliográfico (art. 51 LPHE). Algunas de las facultades enumeradas guardan relación directa con la competencia estatal de defensa frente a la exportación. En las restantes, en especial las consistentes en la emisión de actos administrativos a los que se anuda la aplicación del régimen jurídico de protección de los bienes culturales, la legitimidad de la atribución al Estado es dudosa. Por ende, estas disposiciones "reestatalizan" funciones que los decretos

de traspaso declaraban de competencia de todas las Comunidades Autónomas, con independencia del nivel de que gozaran[132]. Las Comunidades Autónomas –salvo que se admitiera la posibilidad de que dictaran sus propias normas en el sector- quedan privadas de la facultad de determinar los bienes sobre los que se proyectan las potestades de policía cuyo ejercicio, con carácter general, la LPHE deja en sus manos. Lo que es tanto como decir que quedan privadas de la especificación del presupuesto de hecho que justifica el ejercicio de las competencias asumidas en los Estatutos.

Por otra parte, la determinación de los bienes que, de manera cualificada, poseen los intereses que identifican el Patrimonio Histórico Español constituye también el presupuesto de facultades estatales vinculadas a la defensa contra la exportación. En este sentido, los bienes de interés cultural son inexportables (art. 5.3 LPHE) y los bienes inventariados requieren para su exportación o salida temporal una autorización de la Administración del Estado (art. 5.2 y 31.1 LPHE). Además, la LPHE vincula la declaración de bienes de interés cultural al acceso privilegiado al crédito oficial para la financiación de tareas de conservación (art. 67 LPHE) o prevé que los titulares y poseedores de bienes declarados e inventariados disfruten de beneficios en tributos estatales (arts. 69 y siguientes

[132] Recordemos que, a raíz de los traspasos a las Comunidades Autónomas, éstas procedieron a adoptar las declaraciones de monumentos y conjuntos histórico-artísticos conforme a la legislación preconstitucional y, con carácter general, desempeñar todas las funciones de naturaleza ejecutiva salvo las directamente relacionadas con la exportación. Esta voluntad de hacer retornar al Estado la competencia declarativa se subraya en la Disposición Transitoria Sexta de la LPHE que determina que los expedientes de declaración de inmuebles histórico-artísticos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la LPHE se tramitarán conforme a la normativa anterior pero "su resolución se efectuará *en todo caso* mediante real decreto".

LPHE), instrumentos de fomento en poder del Estado. En resumen, que *la determinación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español posee un carácter instrumental respecto al ejercicio de competencias indudablemente estatales*. Una vez más, se ponen de manifiesto los problemas derivados de la configuración del reparto de competencias en el bloque de la constitucionalidad, las interferencias y solapamientos entre los títulos expresados en los artículos 148.1.16ª CE y los respectivos Estatutos de Autonomía, de una parte, y las competencias estatales que expresa el artículo 149.1.28ª CE, problemas que la LPHE solventa con un cuestionable recorte de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas y planteando numerosos interrogantes sobre el alcance de la potestad legislativa de éstas.

Un supuesto, que no fue abordado específicamente en la LPHE, pero que se ha revelado muy problemático en la práctica, es la determinación de las instancias territoriales competentes para la protección del Patrimonio Cultural sito en los espacios marítimos. Se difiere, no obstante, el tratamiento de esta cuestión a partes más avanzadas de este trabajo, para no adelantar en este punto reflexiones estrechamente vinculadas con la configuración normativa del Patrimonio Arqueológico en la LPHE y el alcance de las facultades que reconoce el Derecho Internacional al Estado costero sobre los espacios marítimos adyacentes[133].

1.2.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

[133] V. Capítulo I, epígrafe 2.1.3; Capítulo II, epígrafe 3.2.5; Capítulo III, epígrafes 3.2.2.4.1. y 3.2.2.4.2.; y Capítulo IV, epígrafe 3.1.2.

1.2.2.2.1. Algunos pronunciamientos previos sobre la distribución de competencias sobre cultura y Patrimonio Cultural

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de ocuparse de la cultura como materia competencial en varias sentencias anteriores a la propia elaboración de la LPHE, manifestando en ellas las peculiaridades o dificultades que entraña la distribución de competencias. En primer término, la STC 84/1983, de 23 de octubre, señala cómo la amplitud y generalidad de los términos empleados en el bloque de la constitucionalidad está condicionada por la dificultad para trazar ámbitos competenciales excluyentes sobre la cultura[134]. El Tribunal Constitucional constata en el campo promocional y del fomento cultural la superposición de la competencia estatal del servicio a la cultura del artículo 149.2 CE y la que pueden asumir las Comunidades Autónomas sobre fomento de la cultura con base en el artículo 148.1.17ª CE. Sin embargo, la solución a la controversia que ofrece la sentencia no se ajusta a la noción de concurrencia competencial entendida como identidad de actividades que se proyectan simultáneamente sobre un mismo objeto, sino que el Tribunal Constitucional resuelve imbricar la competencia autonómica en la estatal. Así, en el supuesto que se planteaba, la sentencia exige la intervención mediante informe preceptivo de la Comunidad Autónoma en la aprobación de inversiones culturales que el Estado pretenda realizar en centros e instituciones radicadas en el territorio catalán "y ello aun cuando la motivación sea de índole nacional y los fondos de igual procedencia"[135].

---

[134] FJ 2º.

[135] El origen del conflicto se encuentra en un programa adoptado por el Consejo de Ministros para la financiación de inversiones culturales por las

La reflexión más acabada del Tribunal Constitucional sobre la cultura y el alcance de las competencias del Estado se contiene en la STC 49/1984, de 5 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalidad de Cataluña contra la Ley 1/1982 sobre cuestiones relativas a la cinematografía[136]. Con base en el artículo 149.2 CE, se avala la competencia del Estado para la calificación de películas "de arte y ensayo", puesto que la finalidad de esta medida es la promoción y tutela de un bien cultural y se traduce en medidas de fomento de naturaleza fiscal. El Tribunal Constitucional rechaza que la competencia "cultura", asumida en el Estatuto catalán, pueda tener carácter omnímodo y excluyente:

> "[…] La lectura de otros textos de la CE (sobre todo el artículo 149, 2, pero también los que en la lista de este título se refieren a materias culturales) y una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que *la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir de*

Entidades Locales para conmemorar el V centenario de la unidad de España, el Real Decreto no contemplaba una intervención preceptiva de la Comunidad Autónoma en el procedimiento de otorgamiento de las ayudas. Esta cuestión ha vuelto a ser analizada por el Tribunal Constitucional a propósito del artículo 127.3 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña que requiere "acuerdo previo" de la Comunidad "[e]n las actuaciones que el Estado realice en Cataluña en materia de inversión en bienes y equipamientos culturales". La STC 31/2010 reinterpreta el precepto en orden a considerar la referencia al acuerdo una invocación a la colaboración entre la instancia estatal y autonómica en el marco del artículo 149.2 CE, pero sin que la falta del citado mismo tenga carácter impeditivo u obstativo del ejercicio de la competencia estatal (FJ 73).

[136] En concreto, la regulación de las salas especiales de exhibición cinematográfica, la Filmoteca Española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje.

otras Comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». Esta es la razón a que obedece el artículo 149, 2, de la CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una *concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente*. Que en materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2.º CE). Que a su vez *al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias*, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional."[137]

[137] FJ 6º.

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional, en las que se hace patente la recepción de las tesis de ZACCARIA y el desarrollo que de las mismas efectuó MUÑOZ MACHADO[138], aunque partan del 149.2 CE y se produzcan en el contexto de un debate sobre una medida de estímulo fiscal, abren la puerta a un entendimiento amplio de la competencia estatal del servicio a la cultura que excede del estricto campo de la promoción o del fomento. Particularmente, en la parte final del extracto citado, el Tribunal Constitucional parece asumir una suerte de *competencia implícita del Estado* para adoptar regulaciones y medidas de todo orden siempre que se justifiquen, bien en la *preservación de un patrimonio cultural de trascendencia supracomunitaria*, bien en la *necesidad de tratamientos generales* o la *insuficiencia de las acciones emprendidas desde otras instancias territoriales para lograr los objetivos culturales*, un planteamiento este último que evoca el juego del principio de subsidiariedad. Pero, si éste tiene sentido en el contexto constitucional europeo, caracterizado por una genérica enumeración de fines y objetivos para cuya consecución están llamados tanto la Comunidad como los Estados miembros, el principio de subsidiariedad no casa muy bien con el planteamiento adoptado en la Constitución y los Estatutos, fundado en una distribución estática de materias competenciales. Al margen de estas consideraciones generales, en el asunto que motivó la impugnación autonómica, el Tribunal Constitucional afirma que la competencia de calificación de películas con base en el artículo 149.2 CE, que se vincula a la obtención de beneficios fiscales de acuerdo con la legislación estatal,

[138] V. Capítulo I, epígrafe 1.2.

no prejuzga la actividad que en el mismo campo pueda desarrollar la Comunidad Autónoma.

Otro pronunciamiento que reitera la doctrina de la concurrencia competencial en cultura es la STC 149/1985, de 24 de octubre. En ella el Tribunal Constitucional avala la regulación por la Generalidad de Cataluña de los billetes de entrada en salas de exhibición cinematográfica, una regulación que reproducía un Real Decreto de idéntico contenido, con doble fundamento competencial en las materias de cultura y espectáculos. Según el Tribunal, el decreto catalán no privaría al Estado de sus competencias para la gestión del Fondo Nacional de Cinematografía.

También en materia de cinematografía se dicta la STC 157/1985, de 15 de noviembre, que resuelve un conflicto de competencias planteado por la Generalidad de Cataluña contra una orden ministerial que regula un registro de empresas cinematográficas y establece como requisito para la percepción de ayudas estatales la inscripción en el mismo. Para el Tribunal Constitucional, la actividad registral del Estado tiene un carácter auxiliar o instrumental al ejercicio de competencias de fomento por el Estado, al amparo del artículo 149.2 CE, no entraña invasión ni menoscaba las actividades análogas que pueda desarrollar la Comunidad Autónoma en el campo de la cinematografía. Precisa el Tribunal que la creación de tal registro no sería propiamente actuación de la competencia, sino que la Administración del Estado "ha realizado una labor de organización y funcionamiento, *procediendo* -con incidencia directa sobre los particulares, pero no sobre otras Administraciones públicas- *a regular el modo de ejercicio de*

sus competencias propias"[139]. Interesa subrayar que el Tribunal Constitucional rechaza que el registro estatal se limite a aceptar las inscripciones que las Comunidades Autónomas hayan efectuado en sus propios registros puesto que con ello "se pondría en riesgo la igualdad de acceso de todas las Empresas a las subvenciones, ayudas, licencias u otros actos de competencia del Estado, porque *la diversa regulación de las condiciones de la inscripción en cada uno de los Registros autonómicos no sólo condicionaría la potestad de autoorganización del Estado para el ejercicio de sus competencias, sino que quebraría también la exigencia de igualdad básica* (art. 149.1.1 de la Constitución)"[140].

El Tribunal Constitucional afirma, por tanto, la concurrencia competencial de Estado y Comunidades Autónomas en materia de cultura, con base, respectivamente, en los artículos 149.2 y 148.1.17ª CE. Debe hacerse notar, no obstante, que todos los pronunciamientos recaen en controversias que tienen como contexto medidas de fomento o en conflictos por instrumentos administrativos auxiliares para la gestión de aquéllas. Sostener, por ello, la concurrencia competencial al hilo de este tipo de disputas no resulta problemático desde un punto de vista funcional, más allá de las duplicidades en las cargas administrativas que puedan generarse. Los problemas surgirían del mantenimiento de la doctrina de la concurrencia competencial también para aquellas actividades que en un estricto sentido técnico-administrativo no se comprenden dentro de "fomento de la cultura", tal como daba a entender la STC 49/1984.

---

[139] FJ 4º.

[140] FJ 5º.

En otro orden de cosas, presenta gran interés la STC 103/1988, de 8 de junio, al ser la primera que se ocupa de una controversia competencial en el ámbito concreto del Patrimonio Cultural desde los títulos específicos de Estado y Comunidades Autónomas. La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Nación contra la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos de Andalucía que, además de regular los archivos de competencia autonómica, contiene una *definición del Patrimonio Documental Andaluz como parte del Patrimonio Documental Español* (art. 1.3 Ley 3/1984, de Archivos de Andalucía). Se alegaba por el Estado la incompetencia de la Comunidad Autónoma para incluir en el Patrimonio Documental Andaluz documentos producidos por entidades u organismos de la Administración del Estado, puesto que, al alojarse en archivos estatales, la regulación andaluza condicionaría el ejercicio por el Estado de la competencia sobre museos, archivos y bibliotecas de su titularidad, en virtud del artículo 149.1.28ª CE. Se impugna asimismo la inclusión de documentos de instituciones de carácter o alcance supracomunitario, ya que la competencia autonómica se ceñiría a los archivos "*de interés de la Comunidad Autónoma*" y correspondería al Estado definir lo que sea del interés de aquélla. El recurso resuelve el primer motivo de impugnación con un fallo interpretativo. Según el Tribunal, las determinaciones de la ley andaluza sobre archivos no pueden interpretarse en ningún caso como de aplicación a los de titularidad estatal, aun cuando éstos custodien documentos que integren el Patrimonio Documental Andaluz de acuerdo con la definición que efectúa la ley. Antes de llegar a este punto, el Tribunal Constitucional reconoce la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma para definir el Patrimonio Cultural en los siguientes términos

> "[…] El art. 13.27 del Estatuto de Autonomía de Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva sobre el «patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el núm. 28 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución». Aun cuando el carácter exclusivo de esta competencia autonómica no impide el ejercicio de las que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149, apartado 1, núm. 28, y apartado 2 de la Constitución, son también propias y exclusivas del Estado, *no parece discutible que en la citada norma estatutaria ha de entenderse comprendida la competencia autonómica para definir el patrimonio documental de Andalucía, en cuanto parte integrante de su patrimonio histórico, así como para determinar los documentos radicados en su territorio que constituyen ese patrimonio*"[141].

En cuanto al segundo motivo esgrimido, el Tribunal Constitucional afirma que la competencia autonómica se extiende a todos los archivos radicados en la Comunidad Autónoma, salvo los de titularidad estatal:

> "[…] No hay duda de que los preceptos destinados a la regulación del patrimonio documental andaluz incidirán sobre el régimen de los archivos o documentos situados en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza que

[141] FJ 3º.

pertenezcan a entidades de alcance superior al territorio de la Comunidad, pero tampoco es dudoso que esta situación es el resultado de las disposiciones constitucionales y estatutarias. La Constitución sólo reserva a la competencia estatal los «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal» (art. 149.1.28) y, por lo mismo, es plenamente aplicable a la Comunidad Autónoma de Andalucía la previsión del art. 149.3 de que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». Pues bien, el art. 13.28 del Estatuto de Autonomía atribuye competencia exclusiva, como ya se indicó, a la Comunidad Autónoma en materia de «archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal». De la conjunción de las normas constitucional y estatutaria no resulta en modo alguno una reserva en favor de la competencia estatal, excluyendo a la autonómica, referida a archivos de titularidad no estatal que pertenezcan o se integren en entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad, ni se especifica tampoco, como parece indicar la demanda, que la competencia de ésta se extienda sólo a archivos de interés para la Comunidad Autónoma. Por el contrario, *resulta de la Constitución y del Estatuto (en su art. 10) que el ámbito de la competencia sobre esta materia*

no viene definido por el criterio del interés, sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad."

El Tribunal Constitucional, por tanto, se ciñe en este pronunciamiento a los términos en que se expresan los textos del bloque de la constitucionalidad y rechaza una suerte de competencia implícita del Estado para "delimitar" el alcance de la competencia autonómica o para definir qué sea del interés de la Comunidad si no resulta explicitado en la Constitución o los Estatutos, lo que, en cierta medida contrasta con las afirmaciones vertidas en la STC 49/1984 sobre la competencia implícita del Estado al amparo del artículo 149.2 CE para la preservación de un "patrimonio cultural común".

Veamos, a continuación, en qué medida los distintos argumentos ensayados por el Tribunal Constitucional confluyen en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LPHE.

1.2.2.2.2. La STC 17/1991, de 31 de enero: un fallo interpretativo que salva la constitucionalidad de la LPHE pero quiebra la lógica del diseño en que se funda

La LPHE fue objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia, el Gobierno Vasco y el Parlamento de Cataluña. Provenían, por tanto, de Comunidades Autónomas que asumían competencias sobre Patrimonio Cultural en términos diversos ya que, como indicamos, el Estatuto gallego empleaba la fórmula propia de las Comunidades Autónomas de segundo nivel. Las argumentaciones, sin embargo, son básicamente coincidentes. Aunque ninguno de los recursos se plantea formalmente contra la

LPHE en su totalidad, los recurrentes argumentan con carácter general un exceso en el ejercicio de la potestad legislativa estatal respecto a lo que correspondería al Estado en virtud del artículo 149.1.28ª CE. Impugnan asimismo la atribución de diversas funciones ejecutivas a la Administración del Estado que, a su juicio, no estarían amparadas en la defensa contra la exportación y la expoliación.

En primer término, el Tribunal Constitucional analiza la competencia del Estado para dictar una ley sobre Patrimonio Histórico que contenga un tratamiento sistemático y completo del mismo[142]. De una parte, sostiene que el Patrimonio Histórico se incluye en la materia más amplia de cultura, por lo que el artículo 149.2 CE habilitaría una acción del Estado concurrente con las Comunidades Autónomas. En apoyo de esta afirmación, el Tribunal Constitucional reproduce la STC 49/1984 y afirma que al Estado corresponde intervenir "en el área de *preservación del patrimonio cultural común*, pero también en aquello que precise de *tratamientos generales* o que haga menester esa acción pública *cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias*". La voluntad de la LPHE de establecer el estatuto de los bienes culturales se inscribe dentro de los tratamientos generales que justifican la regulación estatal. Como argumento secundario, el Tribunal Constitucional añade que la defensa frente a la expoliación y la exportación reclamaría la regulación de los aspectos que sirven de "presupuesto necesario" a esa actividad de protección.

A continuación, el Tribunal Constitucional introduce una matización que desdice lo expresado en el párrafo anterior: la

[142] FFJJ 2º y 3º.

incardinación del Patrimonio Histórico en la materia cultura no puede conducir al vaciamiento de los títulos competenciales que contemplan una porción limitada de aquélla

> "[…] De ahí que la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental haya de partir de aquel título estatal [el artículo 149.1.28ª CE] pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en la materia. *El Estado ostenta*, pues, *la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante, según sus respectivos Estatutos,* sin que ello implique que la eventual *afectación de intereses generales* o *la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado* en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto"

La lectura de estos párrafos no deshace la duda sobre cuál es el criterio que abraza el Tribunal Constitucional en sus razonamientos: si el de la dilución del título de defensa contra la exportación y la expoliación en el más amplio del servicio de la cultura o el de la interpretación del reparto de competencias en Patrimonio Cultural desde los títulos estatal y autonómicos que específicamente aluden a esta materia.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional invoca en varias ocasiones la noción de afectación a los intereses generales -o, según

otras formulaciones, la necesidad de tratamientos generales, la protección del patrimonio cultural común o la imposibilidad de alcanzar los fines culturales por otros medios- como un criterio con capacidad para redibujar el reparto de competencias sobre Patrimonio Cultural que específicamente contemplan el artículo 149.1.28ª CE y los correspondientes preceptos estatutarios. Se aparta así de la conocida doctrina -sentada en la STC 76/1983, de 5 de agosto, entre otras[143]-, según la cual los intereses generales ya fueron tenidos en cuenta por el constituyente en la formulación del artículo 149.1 CE, por lo que no pueden ser traídos de nuevo a escena en la resolución de controversias competenciales para matizar o modificar los términos en que se expresa la Constitución. *La propia tramitación que siguieron los artículos 149.1.28ª y 149.2 CE desmiente que pueda afirmarse con carácter general una competencia del Estado para la defensa de un patrimonio cultural común o de interés para todo el Estado*, ya que la explicitación del título estatal en estos términos fue finalmente desechada por el constituyente[144]. Sólo podría admitirse, como una competencia residual del Estado *ex* artículo 149.3 CE, respecto a aquéllas Comunidades Autónomas con competencia sobre el Patrimonio Cultural *de su interés*. No era ese el caso de Cataluña y País Vasco, dos de las recurrentes.

A partir de este planteamiento general, el Tribunal Constitucional aborda el análisis de concretos preceptos que se impugnan por carecer el Estado, a juicio de los recurrentes, de competencia para dictar ciertas regulaciones. Es el caso de la

---

[143] FJ 3º. b).

[144] V. Capítulo I, epígrafe 1.2.1.1.

prohibición a las Administraciones Públicas de enajenar los bienes muebles de su titularidad que formen parte del Patrimonio Histórico Español (art. 28.2 LPHE)[145]. El Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de esta disposición aduciendo que, al tratarse de una medida tendente a garantizar la titularidad pública, sirve a la protección del patrimonio[146] y este fin quedaría amparado por la competencia estatal para la defensa de los bienes –contra la expoliación y la exportación, ha de sobreentenderse-. Se emplea un argumento teleológico para vincular a la competencia normativa estatal la prohibición contenida en el artículo 28.2 LPHE. El problema reside en que esa misma finalidad protectora podría encontrarse en regulaciones que pudieran hacer las Comunidades Autónomas, con contenidos eventualmente divergentes. Es decir, el criterio del fin no aporta un argumento para hacer prevalecer el ejercicio normativo estatal sobre el autonómico ya que, por definición, la competencia genérica sobre el Patrimonio Cultural, a la luz del principio general sentado en el artículo 46 CE, lleva implícita la finalidad conservadora o protectora. El Tribunal Constitucional funda también la constitucionalidad del artículo 28.2 LPHE en el artículo 149.2 CE, porque constituye "una medida de conservación del acervo cultural español del que estos bienes forman parte". Se aprecia, por tanto, como en esta argumentación del Tribunal el artículo 149.2 CE habilita en el mismo sentido que el título específico. Se mencionan, finalmente, los títulos estatales del 149.1.8ª y 149.1.18ª CE, sin que se

[145] FJ 15ª.

[146] Esta afirmación ya es en sí misma discutible: podría argumentarse que la titularidad pública de bienes culturales podría garantizar mejor, en su caso, el acceso de los ciudadanos a su disfrute, pero no necesariamente su conservación.

explique por qué inhabilitarían una regulación autonómica que contenga limitaciones a la enajenación de los bienes de los que son titulares. De un tenor similar, en cuanto al recurso a argumentos finalistas y a la mera cita de otros títulos estatales, es la argumentación que efectúa la sentencia sobre la competencia estatal para dictar una regulación de los derechos de adquisición preferente en casos de exportación o en transmisiones *inter vivos* (art. 38 LPHE) así como la preferencia que la LPHE otorga a la Administración del Estado para su ejercicio[147], o al estudiar el precepto que ordena retirar en cinco años desde la entrada en vigor de la Ley cables, conducciones y publicidad comercial de Jardines Históricos y Monumentos (Disposición Transitoria Séptima)[148].

Hemos visto que el Tribunal Constitucional respalda la competencia legislativa estatal para dictar una ley de Patrimonio Histórico más allá de la defensa contra la exportación y la expoliación, con fundamento en el carácter concurrente de la materia "cultura". La sentencia, sin embargo, no contiene un pronunciamiento sobre el alcance de la competencia legislativa de las

---

[147] FJ 18ª. Que el Estado regule sobre derechos de adquisición preferente se justifica en que se trata de una regulación que afecta al régimen general de los bienes y de la contratación y correspondería al Estado en virtud del 149.1.8 y 149.1.18ª CE. En cuanto a la prioridad estatal, en los supuestos de exportaciones, se argumenta que se trata de un medio de defensa contra la exportación, pero lo cierto es que esta finalidad quedaría garantizada con el ejercicio del derecho de adquisición preferente por cualquier entidad pública española. En las transmisiones *inter vivos*, la precedencia estatal por razón de la adquisición de bienes muebles para museos, archivos o bibliotecas de titularidad estatal se justifica en la función de comunicación cultural que cumplen esas instituciones, quedaría amparada por el artículo 149.2 CE.

[148] FJ 20º. De nuevo se resuelve con una apelación a la finalidad eminentemente protectora de la medida, lo que justifica que competencialmente se adscriba al 149.1.28ª CE.

Comunidades Autónomas, por relación al ejercicio que efectúe el legislador estatal. La mayoría de los recurrentes impugnaron el artículo 1.3 LPHE, según el cual los bienes más relevantes pertenecientes al Patrimonio Histórico Español han de ser declarados de interés cultural o inventariado "en los términos previstos en esta Ley". El precepto constituye en sí mismo una afirmación de competencia normativa estatal que, al dirigirse fundamentalmente a las Comunidades Autónomas para que la apliquen, limita o excluye la competencia normativa de éstas. Sin embargo, respecto al inciso final, el Tribunal Constitucional afirma que "ni establece competencias a favor del Estado, ni priva de ellas a las Comunidades Autónomas"[149].

En el epígrafe anterior se expuso como la STC 103/1988 había reconocido que integraba la competencia de la Comunidad Autónoma andaluza sobre Patrimonio Histórico la facultad de definir su patrimonio documental –lo que conllevaba la aplicación del régimen de calificación de documentos previsto en la ley autonómica- y avalaba que la Ley de Archivos andaluza definiera el Patrimonio Documental Andaluz como parte integrante del Patrimonio Documental Español. Sin embargo, de la lectura de la STC 17/1991 parece deducirse que el legislador estatal es el único competente para el establecimiento del régimen de protección del Patrimonio Histórico *Español*. Cabe entonces preguntarse cuál es el

[149] FJ 4º.

ámbito constitucionalmente lícito para el ejercicio de la potestad legislativa autonómica[150].

La STC 17/1991 declara la constitucionalidad del concepto de expoliación que ofrece el artículo 4 LPHE, que se extiende a la perturbación de la función social que cumplen los bienes integrantes del Patrimonio Histórico. Las reflexiones del Tribunal Constitucional en este punto son deudoras de los planteamientos de MUÑOZ MACHADO[151]. Así, rechaza una interpretación meramente gramatical del término, ya que entonces el artículo 149.1.28ª CE sería redundante respecto al título estatal recogido en artículo 149.1.6ª CE, que ya confiere al Estado facultades para luchar contra los ataques al Patrimonio Histórico de carácter violento o que impliquen su destrucción física. Para el Tribunal Constitucional, el riesgo de

---

[150] Como se ha señalado anteriormente, lo *español* en el 149.1.28ª CE como calificativo del Patrimonio sobre el que se ejercen las competencias estatales de defensa frente a la expoliación y la exportación tiene un significado estrictamente territorial, no alude a un valor cualificado expresivo de una cultura común o a un interés que trasciende del ámbito de una Comunidad Autónoma, como acredita la tramitación parlamentaria que siguió el precepto. El concepto del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico Español que recoge la Constitución acoge tanto las manifestaciones culturales compartidas como las específicas de una o varias Comunidades Autónomas: es la actividad y no el objeto lo que define la competencia estatal enunciada en el artículo 149.1.28ª CE. Por eso, las Comunidades Autónomas también son competentes para regular el Patrimonio Histórico Español. Sin embargo, de la lectura de la STC 17/1991 y como consecuencia de la amplitud con que ha reconocido la competencia legislativa estatal, pareciera que a las Comunidades Autónomas les correspondiera regular aquellas manifestaciones del Patrimonio Cultural que *no fueran relevantes para el Patrimonio Histórico Español*, bien por ser portadoras de un valor cultural menor o por no ser "españolas". En este sentido, resulta llamativo que el recurso del Gobierno Vasco fuera el único de los planteados que no recurriera el artículo 1.3 LPHE, lo que podría interpretarse como un signo de cierta coherencia "ideológica" con los postulados del partido gobernante en la Comunidad Autónoma vasca, como si la formulación *Patrimonio Histórico Español* no afectara a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural Vasco.

[151] V. Capítulo I, epígrafe 1.2.2.1.2.

invasión competencial se desplaza del plano normativo al aplicativo, en caso de que se diera una utilización extensiva del precepto. Además, a juicio del Tribunal, el riesgo queda minimizado por el hecho de que el artículo 4 LPHE prevea una intervención subsidiaria de la Administración del Estado. Y, sin embargo, esa intervención subsidiaria puede implicar, cuando la denuncia de expoliación cuestiona la propia actuación de las Comunidades Autónomas, una sustitución del criterio valorativo autonómico en el ejercicio de sus competencias sobre Patrimonio Cultural por el propio del Estado[152]. Este razonamiento del Tribunal Constitucional, en cualquier caso, vuelve a obviar las consecuencias que el título de defensa contra la expoliación tiene para la competencia normativa de las Comunidades Autónomas, especialmente al avalar el concepto amplio que consagra el artículo 4 LPHE. Al extender la defensa contra la expoliación a la preservación de la función social de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico, la concreción que realice el Estado de dicha función social puede entrar en conflicto con la que efectúen las Comunidades Autónomas, las cuales son naturalmente competentes para definir la función social de los bienes que integran su Patrimonio Cultural[153].

La mayoría de los preceptos se impugnan por atribuir funciones a la Administración del Estado que, según los recurrentes, exceden de la defensa contra la exportación y la expoliación o

---

[152] Perfectamente ilustrativa de esta problemática es el conflicto entre la Generalidad de Valencia y el Estado a propósito de la valoración del plan especial de protección y reforma interior del Cabanyal-Canyamelar en su incidencia sobre el conjunto histórico de Valencia; v. nota 118.

[153] Al respecto, v. STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 9º.).

contravienen los términos en que se expresaron los Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios.

El Tribunal Constitucional reconoce a las Comunidades Autónomas competencias en la difusión internacional de su patrimonio en concurrencia con el Estado, con base en el artículo 149.2 CE. Reinterpreta, por ello, el artículo 2.3 LPHE en el sentido de la competencia exclusiva estatal se limita a aquellas actuaciones que impliquen compromisos para la soberanía nacional del Estado o genere responsabilidades frente a terceros[154].

Se cuestiona por los recurrentes la atribución a la Administración del Estado de la aplicación de la Ley a los bienes adscritos a servicios públicos estatales o que formen parte del Patrimonio Nacional (art. 6.b) LPHE)[155]. El Tribunal Constitucional salva la constitucionalidad diluyendo la sustantividad propia de la competencia de protección del Patrimonio en la de gestión del servicio, como parte del régimen de uso y gestión de los bienes adscritos, para evitar perturbaciones en su funcionamiento. En este punto, el Tribunal Constitucional interpreta erróneamente el sentido del artículo 6.b) LPHE al considerar que atribuye la competencia de gestión cultural al órgano gestor del servicio, cuando la finalidad del precepto es atraer la competencia de gestión cultural a los órganos culturales de la Administración del Estado[156].

---

[154] FJ 6º.

[155] FJ 8º.

[156] De ahí, también, que el Tribunal Constitucional se pierda en una absurda reflexión sobre que la inconstitucionalidad se dará eventualmente en el

Otra de las determinaciones más polémicas es la atribución al Estado de la competencia para resolver mediante Real Decreto los procedimientos de declaración de bienes de interés cultural (art. 9 LPHE y otras disposiciones concordantes)[157], correspondiendo a las Comunidades Autónomas el papel de instructoras del expediente. Según el Tribunal Constitucional, el acto de declaración de un bien de interés cultural tiene una doble naturaleza pues, de una parte, es presupuesto para el ejercicio de la competencia de defensa contra la exportación y la expoliación y, de otra, implica la atracción de un régimen general que va más allá de las medidas de estricta defensa y protección. El Tribunal Constitucional se inclina en este caso por atribuir con carácter general la competencia de declaración de los bienes de interés cultural a las Comunidades Autónomas. La intervención de la Administración del Estado se limitaría a la declaración de los bienes en los supuestos mencionados en el artículo 6.b) LPHE. A la vista de las argumentaciones precedentes sorprende, en cierta medida, la solución por la que opta en este punto ya que el Tribunal Constitucional, en los fundamentos anteriores, venía vinculando con carácter general las medidas de eficacia protectora a las competencias estatales del artículo 149.1.28ª CE y aunque, efectivamente, la declaración de interés cultural sea una medida polivalente, predomina la dimensión de defensa pues la declaración inaugura la aplicación de un régimen muy intenso de intervención administrativa. Sin embargo, el criterio sentado respecto al artículo 9 LPHE tampoco se mantiene en sucesivos pasajes de la sentencia. Así,

---

plano ejecutivo, en el momento previo en que se decida la adscripción del bien al servicio.

[157] FJ 10º.

cuando el Tribunal Constitucional aborda el análisis de la competencia de la Administración del Estado para autorizar excepcionalmente la declaración anticipada de interés cultural de bienes muebles antes de que transcurra el plazo general de diez años desde su importación (art. 32 LPHE), subraya la conexión intensa de esta facultad con la defensa contra la exportación, lo que justificaría que la Administración del Estado ejerza tal potestad.

En la línea de la solución del artículo 9 LPHE, el Tribunal Constitucional reconoce a las Comunidades Autónomas la potestad para declarar como parte del Patrimonio Documental documentos que no alcancen la antigüedad establecida por la Ley (art. 49.5 LPHE). Invoca la doctrina sentada en la STC 103/1988 sobre la competencia autonómica para definir el patrimonio documental como parte de su Patrimonio Histórico[158].

El Tribunal resuelve conjuntamente las impugnaciones que se realizan de la competencia de la Administración del Estado para la llevanza del Registro General de Bienes de Interés Cultural (art. 12 LPHE), del Inventario General de los Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español (art. 13 LPHE), la confección del Censo del Patrimonio Documental y el Catálogo del Patrimonio Bibliográfico (art. 51) y la inclusión en una sección especial del Inventario General de bienes muebles de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico de singular relevancia (art. 53 LPHE)[159]. Respecto a todos estos instrumentos sostiene el Tribunal Constitucional la competencia de la Administración del Estado al considerarlos

[158] FJ 11º.

[159] FJ 12º.

medios para la constancia, identificación formal y publicidad de los bienes del Patrimonio Histórico, de tal manera que constituyen herramientas instrumentales tanto para la defensa contra la exportación y la expoliación como para la labor de comunicación cultural que constituye un deber del Estado. Su existencia no impediría la creación y gestión por las Comunidades Autónomas de sus propios registros e instrumentos de gestión. No obstante, el Tribunal Constitucional no repara en que no todos los instrumentos analizados poseen la misma naturaleza jurídica. Es el caso de la inclusión de bienes muebles en el Inventario General, un acto de las mismas características que la declaración de Bien de Interés Cultural: declara la presencia de una serie de valores en un determinado bien y determina la aplicación de un régimen jurídico peculiar. En coherencia con el pronunciamiento realizado sobre el artículo 9 LPHE debería corresponder la inclusión a las Comunidades Autónomas[160]. En cuanto al Registro de Bienes de Interés Cultural, en el planteamiento del Constitucional las facultades del Estado quedan limitadas a la consignación de las resoluciones que adoptan las Comunidades Autónomas por lo que, aún cuando se trate un instrumento para el ejercicio de las competencias estatales, el Estado ha perdido el control del mismo lo que, como veremos, condiciona directamente el ejercicio de sus competencias.

---

[160] Esta diferenciación del Tribunal Constitucional respecto a la declaración de bienes de interés cultural y el inventario ha sido unánimemente criticada por la doctrina. El propio Estado fue consciente de la incoherencia que suponía mantener esta competencia habiendo sido privado por el Tribunal Constitucional de la facultad para efectuar la declaración de bienes de interés cultural. De ahí que el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, que procedió a modificar el Real Decreto 111/1986 de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPHE, para adaptarlo a los pronunciamientos de la STC 17/1991, confirió a las administraciones autonómicas la facultad de inclusión de bienes muebles en el Inventario General.

Así, se impugna que el disfrute de determinados beneficios fiscales y facilidades en el acceso al crédito oficial se condicione a la inscripción en el Registro de Bienes de Interés Cultural o a la inclusión en el Inventario General (art. 69.2 LPHE)[161]. Para el Tribunal se trata de una medida que compensa las cargas derivadas del sometimiento de los bienes declarados o inventariados a un régimen jurídico especial de protección, lo que encuentra cobertura en las competencias del Estado sobre Patrimonio Histórico aunque no se trate de una medida estrictamente de defensa contra la exportación y la expoliación. Este razonamiento induce a pensar a qué otras competencias estatales sobre Patrimonio Histórico que no llega a explicitar se está refiriendo el Tribunal Constitucional. Por otra parte, con apoyo en la STC 49/1984, el carácter estatal del régimen fiscal justificaría que la obtención de beneficios fiscales se ligue a la inscripción o inclusión en instrumentos administrativos que gestiona el Estado. La cuestión, al menos en la inscripción de Bienes de Interés Cultural en el Registro, es que el Estado ha sido privado en la STC 17/1991 del ejercicio de la potestad resolutoria de los expedientes, la inscripción es un acto carente de contenido valorativo alguno, que efectúa el Estado al dictado de la Comunidad Autónoma. En contra de lo que expone el Tribunal Constitucional en su argumentación, la competencia del Estado para conceder beneficios fiscales ha quedado a merced de las valoraciones y actuaciones que efectúa la Comunidad Autónoma[162].

---

[161] FJ 13º.

[162] Esta conclusión se refuerza con la decisión del legislador de permitir la extensión de los beneficios fiscales a bienes declarados e inscritos por la Comunidades Autónomas *conforme a su propia normativa* sin que se precise la articulación o correspondencia con las figuras previstas en la legislación estatal (v.

El Tribunal Constitucional mantiene en manos de la Administración del Estado la autorización de los desplazamientos y remociones de bienes inmuebles declarados de interés cultural (art. 18 LPHE)[163]. El fundamento en este caso es el concepto amplio de expoliación que ha avalado en la sentencia, por el riesgo que supone toda remoción o desplazamiento para el destino de los bienes. Se prioriza, por tanto, la definición de la función social que efectúa el Estado sobre la que puedan realizar las Comunidades Autónomas, en una facultad que, a diferencia de lo que prevé el artículo 4 LPHE para la expoliación, implica una actuación directa, no subsidiaria del Estado.

La gestión de la tasa de exportación por el Ministerio de Cultura y su ingreso en el Tesoro Público (art. 30 h) e i) LPHE) se justifica en la competencia de defensa contra la exportación, sin perjuicio de que, de acuerdo con los decretos de traspasos, la gestión de los expedientes haya quedado confiada a las Comunidades Autónomas[164].

El fallo interpretativo de la STC 17/1991 genera más dudas y plantea más problemas que los que viene a resolver. Son varias las críticas que pueden hacerse a la sentencia. En primer término, se echa en falta una definición del contenido de los títulos competenciales del Estado por relación a los autonómicos. Por el contrario, el Tribunal Constitucional abunda en argumentos finalistas que no

---

Disposición Adicional Cuarta, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo)

[163] FJ 14º.

[164] FJ 16º.

permiten discernir por qué el ejercicio de la competencia estatal tiene prioridad respecto al autonómico, cuando ambos tienden al mismo objetivo: la protección del Patrimonio Cultural. Tampoco realiza un esfuerzo de delimitación de los títulos del Estado sobre cultura y patrimonio, de tal manera que los contenidos propios del artículo 149.1.28ª y 149.2 CE quedan desdibujados en las argumentaciones del Tribunal Constitucional.

Podría decirse que el Tribunal Constitucional parece regirse por el propósito de dictar un fallo salomónico al coste de una invocación aleatoria de los títulos competenciales, y sobre todo, de romper la lógica del diseño que contiene la LPHE. Así, el Tribunal Constitucional respalda un ejercicio amplio de la competencia legislativa estatal para la regulación del Patrimonio Histórico que, a su juicio, se extendería justificadamente a toda regulación de naturaleza protectora. En este punto, aunque no descarta explícitamente un ejercicio legislativo de las competencias autonómicas, no ofrece pistas sobre cómo se articularía con el ejercicio que efectúa el Estado, qué relación se establecería entre la normativa autonómica que desarrolla las asunciones estatutarias y la LPHE.

Este aval constitucional a la operación legislativa que supuso la LPHE quiso ser compensado en el plano ejecutivo con una interpretación correctora de algunas de sus disposiciones, ampliando las facultades ejecutivas de las Comunidades Autónomas respecto a las determinaciones originales de la ley. A resultas de estos ajustes, el Estado ha quedado privado del instrumento esencial al que se anuda sustancialmente el ejercicio de las competencias de defensa frente a la exportación y algunas funciones conectadas con la lucha

contra la expoliación: la declaración de bienes de interés cultural[165]. La paradoja a que conduce la STC 17/1991 es que, pese al esfuerzo por salvar la vigencia de la regulación estatal, al desplazar hacia las Comunidades Autónomas las decisiones administrativas fundamentales y no proporcionar un análisis sobre el modo en que esta ley incide o condiciona la potestad legislativa autonómica, el Tribunal Constitucional sentó las bases para la futura inaplicación de la LPHE, ya fuera por mera inactividad autonómica o por la aplicación de las figuras de protección de nuevo cuño previstas en la ley autonómica. Con ello, el ejercicio de las facultades de competencia genuinamente estatal queda en el aire.

1.2.2.3. Del lado de las CCAA: el progresivo desplazamiento de la LPHE por la legislación autonómica y la paralela afectación de las competencias estatales

Las primeras muestras de normativa autonómica en materia de Patrimonio Cultural, más allá de las disposiciones de contenido meramente organizativo, fueron reglamentos que desarrollaban procedimientos cuya tramitación había quedado en manos de las Comunidades Autónomas en virtud de los decretos de traspaso[166]. Se

---

[165] En el mismo sentido, R. ALONSO IBÁÑEZ, a propósito del régimen de los bienes muebles, en cuya protección resulta clave el control de la exportación, en "Régimen de los bienes muebles", en VV. AA. (dir. L. POMED SÁNCHEZ), *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés,* cit., págs. 116-118.

[166] Así, sobre el procedimiento de declaración de monumentos y conjuntos histórico-artísticos se dictaron los decretos catalanes 180/1982, de 11 de junio y 357/1982, de 11 de octubre; el Decreto vasco 52/1984, de 13 de febrero; el Decreto balear 39/1984, de 28 de mayo y el Decreto canario 662/1984, de 11 de octubre. Sobre el régimen de excavaciones arqueológicas aparecieron el Decreto catalán 155/1981, de 11 de junio; el Decreto aragonés 16/1985, de 21 de febrero y el Decreto de Castilla y León 37/1985, de 11 de abril. Finalmente, la Generalidad

trata, en cualquier caso, de regulaciones que desarrollan la legislación estatal preexistente y desplazan la aplicación de reglamentos estatales anteriores.

Más trascendencia tienen las leyes que, al hilo de la regulación de los archivos, incorporan una definición y un régimen jurídico del Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma[167], que constituyen un antecedente normativo de las futuras leyes de Patrimonio Cultural. En este sentido, como ya se expuso, el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado contra la Ley 3/1984 de Archivos de Andalucía permitió que el Tribunal Constitucional reconociera, de manera incidental, en la STC 103/1988 la competencia de las Comunidades Autónomas para definir su Patrimonio Histórico y la capacidad de éstas para determinar por vía legislativa los bienes e intereses que estiman dignos de protección.

---

catalana, a la que le fue traspasada la tramitación de los expedientes de exportación de bienes del Patrimonio Histórico hasta la propuesta de resolución, dictó el Decreto 196/1982, de 15 de junio.

[167] Son anteriores a la propia LPHE, la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos de Andalucía y la Ley 6/1985, de 26 de abril, de Archivos de Cataluña, posteriormente sustituida por la Ley 10/2001, de 13 de julio de Archivos y Documentos. Las restantes leyes autonómicas son posteriores a la LPHE, pero en cualquier caso constituyen un ejemplo de ejercicio legislativo sobre el Patrimonio Cultural que se anticipa a las leyes genéricas sobre la materia. Por orden cronológico se dictaron la Ley 6/1986 de 28 de noviembre, de Archivos de Aragón; la Ley 30/1990, de 22 de febrero, de Patrimonio Documental y Archivos de Canarias; la Ley 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Murcia; la Ley 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Castilla y León; la Ley 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid; la Ley 4/1994, de 24 de mayo, de Archivos y Patrimonio Documental de La Rioja. Otras leyes autonómicas en esta materia, aunque posteriores a sus leyes respectivas sobre Patrimonio Cultural y enlazando con ellas, son la Ley 3 /2002, de 28 de junio, de Archivos de Cantabria; la Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana; la Ley 15/2006, de 17 de octubre, de Archivos y Patrimonio Documental de las Islas Baleares; y la Ley Foral 12 /2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos.

Sin embargo, el posterior advenimiento de la LPHE y la pendencia de los diversos recursos de inconstitucionalidad planteados, frenaron en gran medida la aparición de disposiciones que abordaran, globalmente, la ordenación legislativa del Patrimonio Cultural por las Comunidades Autónomas. Éstas se limitaron a desarrollar reglamentariamente aquellos aspectos cuya gestión les permitía la LPHE[168], tal como ya hicieran con la anterior legislación estatal del Patrimonio Histórico-Artístico estatal.

A partir de 1990 aparecen las primeras leyes autonómicas que abordan, de manera completa, la regulación del Patrimonio Cultural, un fenómeno que se acelera a partir de 1998 y que conduce a que, a día de hoy, todas las Comunidades Autónomas se hayan dotado de leyes en esta materia[169]. Es característica común de la legislación

---

[168] Significativamente, la regulación de las actividades arqueológicas; v. Capítulo IV, epígrafe 3.1.1.

[169] Se citan por orden cronológico, con mención del acrónimo con el que serán designadas en los sucesivo: Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha (LPHC-LM); Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco (LPCVas); Ley 1/1991, de 3 de julio , del Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA 1991); Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural de Cataluña (LPCCat); Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia (LPCG); Ley 4/1998, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural Valenciano (LPCVal); Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (LPHM); Ley 11/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Cultural de Cantabria (LPCCant); Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares (LPHB); Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés (LPCAr); Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (LPHCan); Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (LPHCEx); Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural de Asturias (LPCAs); Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León (LPCCyL); Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico de La Rioja (LPCHALR); Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra (LFPCNa); Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia (LPCMu); y, finalmente, derogando la LPHA 1991, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA 2007).

autonómica el afán por ampliar los valores e intereses que contemplan respecto a la enumeración que efectúa la LPHE. Así, consagran definiciones del Patrimonio Histórico o Cultural de carácter holístico y maximalista, que generan más de una duda en cuanto a su operatividad jurídica[170]. Por lo demás, el esquema de protección que contemplan es más complejo que el previsto en la LPHE: incorporan nuevas modalidades de bienes de interés cultural de carácter inmueble[171], prevén un nivel de protección secundario para los inmuebles[172] –que en la LPHE sólo se contemplaba para los bienes muebles- e incluso, en algunas leyes, un tercer nivel de protección[173]. En el haber de las leyes autonómicas se encuentra una mejor articulación con la legislación urbanística, en particular, con los catálogos municipales; el establecimiento de normas más precisas en

---

[170] Una crítica de esta tendencia expansiva en la definición del Patrimonio Cultural en F. LÓPEZ RAMÓN: "Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural", *RArAP,* núm. 15, 1999, págs. 193-219.

[171] Destaca, por su estrecha relación con el Patrimonio Arqueológico, la creación de las zonas paleontológicas para ofrecer protección análoga a la que suponen las zonas arqueológicas a yacimientos estrictamente paleontológicos (LPCCat, LPCG, LPCVal, LPHM, LPHB, LPCAr, LPHCan, LPHCEx, LPCHALR, LPCMu). Otras figuras BIC inmuebles de nuevo cuño son los espacios culturales (LPCVas), los lugares, zonas o conjuntos de interés etnográfico o etnológico (LPHA 1991, LPCCat, LPHM, LPHB, LPCAr, LPHCan, LPHCEx, LPCCyL, LPCHALR, LPCMu), los parques culturales (LPCVal), los parques arqueológicos (LPHCEx), los lugares culturales y naturales (LPCCant), las vías históricas o culturales (LPCAs, LPCCyL, LPCHALR, LFPCNa), los paisajes culturales (LPCHALR, LFPCNa), lugares de interés industrial (LPHA 2007) o las zonas patrimoniales (LPHA 2007).

[172] Las figuras adoptan diversas denominaciones: bienes catalogados, inventariados, bienes de interés o relevancia local, bienes de interés regional.

[173] Prevén figuras e instrumentos específicos que dispensan un tercer nivel de protección LPHA 1991, LPCG, LPCCant, LPCAr, LPCHALR, LPCMu y LPHA 2007, aunque en este último caso sólo para los bienes muebles. En ocasiones se asigna este nivel de protección a los inmuebles recogidos en catálogos urbanísticos municipales (LPCAs, LFPCNa).

materia de intervención y restauración de bienes culturales, que superan las parcas previsiones de la LPHE, o la creación de figuras de gestión de áreas o espacios que ponen especial énfasis en la puesta en valor del patrimonio e integran intereses o valores de diversa naturaleza[174]. Ciertamente, existen diferencias en los precisos términos de la regulación respecto a las determinaciones de la LPHE. Esta variedad normativa ha suscitado las críticas de quienes han defendido el carácter prevalente de la LPHE y su naturaleza de norma delimitadora de competencias: así, se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad de las previsiones autonómicas que se aparten de lo establecido por la LPHE[175] o se ha sugerido la conveniencia de que el Estado dicte una ley de armonización[176]. Sin embargo, no puede decirse que las leyes autonómicas técnicamente rompan con el esquema de protección que establece la LPHE[177], no es una normativa que entre en abierta contradicción con los postulados básicos y principios generales establecidos por el legislador estatal en

---

[174] Destaca la figura de los Parques Culturales, previstos por primera vez en la Ley 12/1997 de 3 de diciembre, de Parques Culturales de Aragón, figura que ha sido acogida posteriormente en la LPCVal. En la misma línea se sitúan los paisajes culturales (LPCHALR, LFPCNa) o las zonas patrimoniales (LPHA 2007).

[175] V. J. M. ALEGRE ÁVILA: "Patrimonio Histórico, cultura y Estado autonómico", *PC y D*, núm. 5, 2001, págs. 159-160.

[176] V. A. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *Las competencias del Estado…*, cit., pág. 68; y J. GARCÍA FERNÁNDEZ, "La Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985: propuestas para una posible reforma", *RAAP*, núm. 54, 2004, pág. 12.

[177] Señala F. LÓPEZ RAMÓN que las leyes autonómicas "se insertan con normalidad en el esquema conceptual de la LPHE, pues aunque contribuyen a dotarlo de un mayor barroquismo, en ningún caso expresan opciones técnicas radicalmente diferenciadas, ni entre sí, ni con respecto a la legislación estatal, cuyas pautas generales parecen asumir y completar", en "Reflexiones sobre…", cit., págs. 202-203.

1985, aunque, descendiendo al detalle, sean apreciables divergencias en concretas soluciones normativas.

El principal problema que plantea la legislación autonómica de Patrimonio Cultural es, más bien, su legitimidad para orillar la aplicación de la ley estatal, hasta el punto que a día de hoy el papel de la LPHE ha podido ser descrito como "un mero referente pedagógico"[178], con la salvedad de los "islotes" de aplicación de la ley estatal asociados a los supuestos en los que, de acuerdo con el artículo 6.b) LPHE, compete al Estado la ejecución (bienes vinculados a servicios públicos que gestiona la Administración del Estado o que pertenecen al Patrimonio Nacional). En este punto, no obstante, se aprecian diferencias entre las leyes autonómicas según la relación que entablan con la ley estatal. Estas diferencias vienen fundamentalmente condicionadas por el momento en que fueron dictadas, de tal manera que, a partir de 1993 todas las leyes autonómicas responden a un único patrón desde la perspectiva de la articulación del régimen autonómico con los instrumentos de gestión estatales.

De una parte, nos encontramos un grupo minoritario de leyes autonómicas que no desplazan la aplicación de la LPHE en el territorio de la Comunidad Autónoma, sino que ofrecen una regulación complementaria o que se suma al régimen previsto en la LPHE. Es el caso de la LPHC-LM, norma breve que se limita a ampliar el ámbito objetivo de protección, precisa algunas cuestiones no clarificadas en la LPHE e introduce el instrumento de los parques

[178] La expresión es de J. M. ALEGRE ÁVILA: "Patrimonio Histórico, cultura y Estado autonómico", cit., pág. 159

arqueológicos, figura que no pugna con las previstas en la ley estatal. Por su parte, la LPHA 1991, ya derogada, más compleja que la castellano-manchega, diseñaba un conjunto de instrumentos para la catalogación de los bienes culturales, a los que se aplicaba un régimen jurídico peculiar. Las categorías de bienes catalogados se inspiraban en la tipología de los bienes de interés cultural de la LPHE, pero sin que se previera que la ley estatal dejara de aplicarse en el territorio andaluz. Antes al contrario, las declaraciones de bienes de interés cultural de acuerdo con la LPHE se integraban en los instrumentos administrativos de gestión autonómicos: en ese caso, la legislación autonómica se aplicaba en la medida en que fuera compatible con el régimen de la LPHE[179]. La norma andaluza, sin embargo, no aportaba un criterio o directriz que orientara sobre los supuestos en que procedía la declaración conforme a la ley estatal o la catalogación según la ley autonómica, lo que confería altas dosis de discrecionalidad a las decisiones de la administración cultural[180].

---

[179] Art. 13 LPHA 1991 y art. 8 Decreto 19/1995, de 7 de febrero de 1995.

[180] La Exposición de Motivos se limitaba a afirmar que la catalogación de bienes conforme a la LPHA 1991 imponía menos obligaciones a los titulares de los bienes afectados que la declaración de bien de interés cultural. Otra diferencia provenía de que la declaración como BIC la efectúa el Consejo de Gobierno por Decreto (art. 9.1 LPHE, según la interpretación efectuada por la STC 17/1991) y la catalogación con inscripción específica por Orden del Consejero (art. 9.3 b) LPHA 1991). A partir de ahí podemos inferir que la aplicación de la categoría estatal se habría reservado a los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Andaluz, pero no existe ningún precepto de la ley andaluza que explícitamente acogiera esta directriz. En contradicción con esta conclusión lógica, la Administración andaluza ha recurrido mayoritariamente a la declaración de bien de interés cultural y ha realizado un uso muy limitado de la catalogación con inscripción específica. V. al respecto, la crítica de C. BARRERO RODRÍGUEZ, "El derecho andaluz del patrimonio histórico en el vigésimo aniversario del Estatuto de Autonomía", *RAAP,* núm. extraordinario 2 (2), *Veinte años de vigencia del Estatuto de Autonomía de Andalucía: Desarrollo de las competencias autonómicas*, 2003, págs. 337-358.

Salvo estos dos ejemplos, las restantes leyes autonómicas han sido dictadas con el propósito de "sustituir" a la LPHE en sus respectivos territorios. No obstante, también aquí se puede trazar una división fundamental en atención al modo en que articulan sus disposiciones con el ejercicio de las competencias estatales. De una parte, se encuentra la LPCVas, que sería además la primera ley autonómica de estas características. La norma vasca establece distintos niveles de protección de los bienes portadores de interés cultural y recoge una nómina de categorías de protección sin correspondencia con las previstas en la LPHE. La voluntad de desplazar a la LPHE queda explicitada cuando dispone que los bienes declarados de interés cultural pasen a tener la consideración de "bienes calificados del pueblo vasco" (Disposición Adicional Primera) y los expedientes de declaración en curso se tramiten y resuelvan conforme a la nueva ley (Disposición Transitoria Segunda). La LPCVas reproduce la fórmula de dudosa constitucionalidad que utiliza el Estatuto vasco para salvar la competencia del Estado sobre Patrimonio Cultural, al afirmar que la administración vasca asume las normas y obligaciones establecidas por el Estado para la defensa contra la exportación y la expoliación (art.9). Sin embargo, la ley vasca no engarza en ningún punto con la LPHE, lo que impide conocer de qué modo se hace efectivo el propósito formulado en el artículo 9. Al margen de que, en cualquier caso, la LPCVas obvia las facultades ejecutivas que corresponden a la Administración del Estado en la LPHE[181].

[181] Ha de tenerse en cuenta que la LPCVas es anterior a la STC 17/1991 y que ha sido a raíz de esta sentencia cuando se ha hecho especialmente necesario articular mecanismos de colaboración entre la administración autonómica y la administración del Estado, al quedar ésta privada de facultades que en el diseño

La LPCVas constituye un caso singular dentro de este segundo grupo, puesto que, con variada amplitud, las leyes autonómicas han pretendido tender puentes con los instrumentos de gestión estatales. La LPCCat constituye el modelo seguido por las Comunidades Autónomas que con posterioridad han dictado normas de Patrimonio Cultural. La Exposición de Motivos de la ley catalana parte de la STC 17/1991 –particularmente, de la afirmación de la competencia autonómica para declarar los bienes de interés cultural- para justificar la regulación que efectúa[182]. Se establecen distintos niveles de protección y se explicita la correspondencia de las categorías autonómicas con las previstas en la LPHE. Así, los "bienes culturales de interés nacional" son los bienes de interés cultural de la LPHE –aunque prevea modalidades no contempladas en la ley estatal, como la zona de interés etnológico o la zona paleontológica-, se dispone que la incoación del procedimiento y la resolución del mismo se publique en el Boletín Oficial del Estado además de en el diario autonómico, y establece el deber de dar

original de la LPHE le correspondían y depender para el ejercicio de las que aún conserva de la colaboración de las CCAA. Quizás así se explique la falta de previsión expresa en la ley vasca de mecanismos de información y cooperación. En todo caso, la LPHE siempre atribuyó a la administración autonómica la tramitación de los expedientes de declaración de bienes de interés cultural, aun cuando la resolución se atribuyera al Consejo de Ministros. Al prever la Disposición Transitoria Segunda de la LPCVas que los expedientes que se estaban tramitando conforme a la LPHE pasaran a regirse por la nueva ley, desplaza hacia el ejecutivo autonómico la competencia resolutoria del procedimiento de declaración. La LPCVas adelanta, por tanto, el efecto que habría de producir la STC 17/1991.

[182] Pero, como indicamos en el epígrafe anterior, la STC 17/1991 se pronuncia sobre las competencias ejecutivas autonómicas en el marco de la LPHE, no contiene ninguna reflexión sobre el alcance de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, por lo que, difícilmente puede invocarse para justificar la emisión de una ley destinada a desplazar a la LPHE, cuya vigencia y constitucionalidad es lo que, precisamente, el Tribunal Constitucional deja fuera de toda duda.

traslado al Registro de Bienes de Interés Cultural que gestiona el Ministerio de la inscripción y demás anotaciones que se efectúen en el Registro autonómico[183]. También se ha de dar cuenta de las inscripciones de bienes muebles en el Catálogo del Patrimonio Cultural Catalán al Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español estatal[184]. La ley catalana prevé expresamente que la Administración del Estado autorice el desplazamiento de los inmuebles declarados bienes culturales de interés nacional[185] y reconoce la preferencia de los derechos de tanteo y retracto del Estado de acuerdo con la legislación estatal en la transmisión de bienes declarados conforme a la ley catalana[186]. El legislador catalán, de este modo, ha procedido en gran medida a integrar en el texto autonómico las facultades que al Estado corresponden según la interpretación efectuada en la STC 17/1991 de la LPHE.

El modelo de la LPCCat ha sido el que han seguido finalmente las leyes autonómicas aparecidas con posterioridad, aunque de todas ellas la ley catalana es la que se muestra más rigurosa y precisa por preservar las competencias reconocidas al Estado. En este sentido, todas las leyes autonómicas establecen la correspondencia de sus

---

[183] Disposición Adicional Primera y artículos 9.1, 12 y 13.4 LPCCat.

[184] Artículo 15.4 LPCCat.

[185] Artículo 37 LPCCat. Recordemos que la STC 17/1991 mantuvo esta facultad en manos del Estado por entenderla directamente ligada a la competencia de defensa contra la expoliación.

[186] Artículo 26.6 LPCCat. De manera que si el Estado declarase su voluntad de adquirir el bien para un museo, biblioteca o archivo de titularidad estatal tendría preferencia respecto a la administración autonómica, aun cuando los bienes en cuestión no hayan sido objeto de declaración o inventario conforme a la LPHE.

máximas categorías de protección con los bienes de interés cultural de la LPHE y prevén que se dé cuenta de su declaración a la Administración del Estado a fin de que se proceda a inscribirlas en el Registro de Bienes de Interés Cultural. Sin embargo, estas previsiones, aunque animadas por el afán de colaborar con la Administración del Estado, arrojan dudas respecto a las consecuencias que despliegan. La primera duda que se plantea es hasta qué punto el Estado queda vinculado por las declaraciones autonómicas a la hora de proceder a las inscripciones en el Registro de Bienes de Interés Cultural, es decir, si en la gestión del Registro al Estado no corresponde más que una función de mero transcriptor de las decisiones adoptadas por las administraciones autonómicas o si posee un margen de decisión propio. Recordemos que en el diseño original de la LPHE, este instrumento se concebía para inscribir bienes de interés cultural declarados conforme a un procedimiento cuya resolución correspondía al Consejo de Ministros y la declaración implicaba para los bienes afectados el sometimiento al régimen jurídico previsto en la LPHE. De ahí que la inscripción se concibiera como un trámite de cumplimiento automático una vez efectuada la declaración. Las previsiones autonómicas, sin embargo, suponen la inscripción en el registro estatal de bienes para cuya declaración se ha seguido otro procedimiento que resuelven los órganos de gobierno autonómicos, han podido tenerse en cuenta valores culturales no contemplados en la LPHE, las modalidades de declaración pueden diferir del catálogo de la LPHE y, principalmente, determinan la aplicación de un régimen jurídico no enteramente coincidente con el previsto en la ley estatal. De ahí que, en segundo término, se plantea qué efectos de la LPHE se proyectan sobre las categorías autonómicas a raíz de su inscripción en el

Registro estatal de Bienes de Interés Cultural. Las leyes autonómicas que siguen el modelo catalán afirman implícitamente su primacía respecto a la ley estatal[187], por ello no sería lógico pensar que la inscripción en el registro tuviera como efecto reintroducir, con prevalencia sobre las determinaciones autonómicas, el régimen de la LPHE para los bienes de interés cultural. Más bien el sentido de los deberes de comunicación e inscripción en el registro estatal parece orientarse a permitir que el Estado pueda ejercer las facultades ejecutivas que aún conserva tras la STC 17/1991 y que requieren para su ejercicio que los bienes hayan sido previamente objeto de declaración, así como permitir que los bienes declarados según la normativa autonómica puedan beneficiarse de las medidas de fomento que arbitra la LPHE. De tal modo que los bienes autonómicos inscritos en el registro estatal serían inexportables (art. 5.3 LPHE), tendrían acceso al crédito oficial para el desarrollo de actividades de conservación (art. 67 LPHE) o disfrutarían de los beneficios fiscales que contempla la legislación estatal (art. 69 LPHE)[188]. Precisamente, el hecho de que la inscripción en el Registro de Bienes de Interés Cultural del Ministerio no determine el

[187] Numerosas leyes autonómicas contienen disposiciones o referencias a la aplicación supletoria de la LPHE (LPHA 1991, LPHM, LPHB, LPCAs, LPCCyL, LPCHALR). En cualquier caso, todas las leyes autonómicas a partir de la LPCCat prevén el desplazamiento del régimen previsto en la LPHE, en ocasiones, incluso para los bienes que fueron declarados conforme a la ley estatal. Esto obliga, eventualmente, a revisar las declaraciones de que fueron objeto, para incluir nuevos contenidos o a revisar los planes especiales que generaron a fin de incorporar exigencias que formula la ley autonómica.

[188] En relación al régimen fiscal, el legislador estatal ha concluido por hacer suyas las declaraciones de las Comunidades Autónomas, aunque se efectúen conforme a la legislación autonómica (v. Disposición Adicional Cuarta, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo).

sometimiento al régimen general de protección de la LPHE, sino tan sólo que se desplieguen aquellos efectos directamente vinculados a competencias estatales que no han sido cuestionadas (defensa contra la exportación o fomento del Patrimonio Cultural, con base en los artículos 149.1.28ª y 149.2 CE respectivamente) iría en apoyo de que el Estado disponga de cierto margen valorativo en la inscripción en el Registro de Bienes de Interés Cultural de declaraciones autonómicas. Sin embargo, el Estado ha renunciado a ejercer, por el momento, una competencia valorativa del interés cultural como fundamento del ejercicio de funciones competenciales propias: es más, a efectos de la aplicación de beneficios fiscales previstos en la normativa estatal, el Estado ha decidido su extensión a los bienes declarados e inscritos por las Comunidades Autónomas conforme a su propia normativa sin que se precise la articulación con los instrumentos de gestión estatal (Disposición Adicional Cuarta, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo).

En el segundo nivel de protección que traza la LPHE, el de los bienes muebles inventariados, la articulación de las leyes autonómicas con la ley estatal es aún más deficiente, ya que no todas ellas se preocupan de enlazar con el instrumento estatal de gestión, el Inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español[189], lo que debilita o pone en cuestión el ejercicio de la competencia estatal de defensa contra la exportación en determinados supuestos. Recordemos que tanto la exportación como

[189] Contemplan expresamente la comunicación al Estado para la inclusión en el Inventario General del Patrimonio Histórico Español las siguientes leyes: LPCG, LPCVal, LPHB, LPCAs, LPCCyL, LPCHALR, LFPCNa y LPHA 2007.

la salida temporal de bienes muebles inventariados exige la autorización de la Administración del Estado (art. 5.2 y 31.1 LPHE). Aún cuando la LPHE proporciona la red de seguridad de sujetar igualmente a autorización toda exportación de un bien que supere los cien años de antigüedad, por debajo de ese umbral el cumplimiento de las determinaciones de la LPHE en una materia de incuestionable competencia estatal queda al albur de que la ley autonómica haya previsto la conexión con el Inventario de sus respectivas categorías de protección. Otras determinaciones de la LPHE cuya eficacia cuestiona la actual situación normativa es el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Administración del Estado en la transmisión de bienes de interés cultural o bienes inventariados para adquirir bienes con destino a museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, cuya prevalencia de ejercicio sobre los derechos de adquisición preferente de las Comunidades Autónomas fue avalada por la STC 17/1991. La mayoría de las leyes autonómicas no contienen referencia a la posición del Estado al respecto. El problema para la eficacia de los derechos del Estado deriva de que la declaración conforme a las categorías autonómicas impone a los propietarios informar de las transmisiones a la administración autonómica, no directamente al Estado como se derivaría de la LPHE. La posibilidad de que el Estado tenga conocimiento de estas operaciones y que, por tanto, pueda ejercer sus prerrogativas, depende en última instancia de la fidelidad con que la Comunidad Autónoma cumpla los deberes de colaboración interadministrativa que enfáticamente se enuncian en los artículos iniciales de las disposiciones autonómicas[190].

[190] En este sentido, cabría preguntarse la posibilidad de que el Estado

No se agotan con esta relación los problemas de articulación del ordenamiento estatal con la legislación autonómica del Patrimonio Cultural[191], en la que sólo se apuntan los que, de manera más evidente, interfieren en el ejercicio de competencias y facultades estatales. Resulta, en cualquier caso, paradójico que, en contradicción con la expansividad y ambición normativa de que hace gala la LPHE, el Estado no planteara posteriormente ningún recurso de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas de Patrimonio Cultural que, además de desplazar a aquélla, cuestionan *de facto* el ejercicio de competencias estatales.

1.3. Recapitulación y algunas conclusiones

La confusa situación normativa del Patrimonio Cultural, sobre el que se proyectan simultáneamente leyes autonómicas y una ley estatal formalmente en vigor pero anecdótica en su aplicación, resultaba en cierto modo previsible a la vista de los términos en que se procedía al reparto de competencias en los artículos 148 y 149 CE.

El constituyente asumió la descentralización como un imperativo de la nueva Constitución y la descentralización en materia de cultura como su primer corolario. Sin embargo, no existía

---

ejerciera el derecho de retracto para disolver una previa adquisición autonómica en ejercicio de sus derechos de adquisición preferente, de la que el Estado hubiera tenido noticia con ocasión de la anotación del cambio de titularidad en el Registro de Bienes de Interés Cultural del Ministerio.

[191] Una muestra de estas contradicciones en el régimen de la ruina, el planeamiento de conjuntos históricos y la concesión de licencias de actuación en estos bienes en C. BARRERO RODRIGUEZ, "Las contradicciones entre la Ley estatal y las Leyes autonómicas en materia de Patrimonio Histórico y Cultural: sus posibles soluciones en vía normativa", *PC y D*, núm. 13,2009, págs. 35-53.

una idea precisa del papel que debía corresponder al Estado en este campo. Así, durante la elaboración de la Constitución se transita desde una virtual inexistencia del Estado en el terreno cultural en las primeras versiones del proyecto constitucional, hasta la necesidad de asignar al Estado una función de contrapeso de las autonomías, centrada en la tutela de manifestaciones culturales de alcance nacional o supracomunitario, para finalmente concluir con una formulación de la competencia estatal en términos más limitados pero, como se ha visto, difíciles de compatibilizar con la competencia autonómica. El análisis del proceso constituyente permite, no obstante, obtener alguna certeza: se descartó reservar al Estado una suerte de competencia de alcance general sobre Patrimonio Cultural, salvo la que durante un primer momento del proceso autonómico pudiera corresponderle con carácter residual, como negativo de la competencia sobre el Patrimonio de interés de la Comunidad Autónoma, en aquellas comunidades que asumieron competencias en el marco del artículo 148 CE. Al margen de este supuesto, la reserva de competencia estatal que efectúa al artículo 149.1.28ª CE limita la atribución al Estado a una porción de las actividades que integran la dimensión protectora de las políticas públicas sobre el Patrimonio Cultural, la defensa contra la exportación y la expoliación del Patrimonio cultural, artístico y monumental español, así como la gestión de los centros de depósito cultural de su titularidad.

Como telón de fondo de los títulos competenciales específicos sobre Patrimonio Cultural se encuentra la afirmación del servicio a la cultura como deber y atribución esencial del Estado y su misión de facilitar la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas que efectúa el artículo 149.2 CE. Ahora bien, esta declaración no puede interpretarse como una habilitación al Estado para emprender

actividades de todo tipo en el ámbito de la cultura, en superposición o concurrencia con las Comunidades Autónomas. En este sentido, el artículo 149.2 CE no puede emplearse como excusa para obviar la distribución de competencias que efectúa la Constitución sobre manifestaciones concretas del fenómeno cultural, una interpretación extensiva del precepto privaría de sentido muchas determinaciones constitucionales de contenido competencial en el ámbito de la cultura. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 149.2 CE concurre con paralelas asunciones en los Estatutos de Autonomía sobre fomento de la cultura o, más ampliamente, cultura. Todo ello conduce a afirmar que la operatividad de la cláusula del artículo 149.2 CE reside en habilitar al Estado para la realización de actividades de signo positivo, de tipo promocional o prestacional, las únicas que, técnicamente, permiten ser compatibilizadas con otras actividades de idéntico signo que se desenvuelvan sobre el mismo objeto competencial por otros entes territoriales. Es en la promoción cultural o en el servicio público, mediante medidas de fomento o a través de la creación de instituciones culturales que, a su vez, integran el objeto de la competencia del Estado sobre centros de depósito cultural según el artículo 149.1.28ª CE, el ámbito en el que el Estado puede, a día de hoy, desarrollar una política cultural propia que promueva o tutele (entiéndase tutela no en un sentido técnico-administrativo como actividad de policía) los valores que conforman una identidad cultural nacional o supracomunitaria, que equilibre el fortalecimiento de las identidades culturales periféricas propiciado por la descentralización política.

Volviendo a la competencia estatal de defensa contra la exportación y la expoliación, parece evidente que el sentido de la misma es, en un contexto de competencia general autonómica,

reservar al Estado un papel de garante del Patrimonio Cultural permitiéndole luchar contra los dos fenómenos que, de manera más directa, amenazan su integridad: la salida de los bienes culturales del territorio nacional y la destrucción de tales bienes o la desaparición de los valores que los cualifican. La atribución al Estado de la competencia de defensa contra la exportación resulta lógica por cuanto es la instancia estatal la que, en virtud de otros títulos competenciales, se encuentra ya habilitada para controlar el tráfico de bienes hacia el extranjero, no pugna o entra en conflicto con una competencia autonómica que se desenvuelva en el mismo ámbito. En cambio, la defensa contra la expoliación, aunque se formule como una concreción de las diversas actividades defensivas que pueden recaer sobre el Patrimonio Cultural, afecta al núcleo de las competencias que asumen las Comunidades Autónomas cualesquiera que sean los términos en los que se haga, ya sea como un negativo del artículo 149.1.28ª CE o en el marco del artículo 148.1.17ª CE, sobre el Patrimonio Cultural de su interés. Y ello porque forma parte del contenido inherente de toda competencia sobre Patrimonio Cultural la lucha contra la expoliación, ya que se trata de un título que apela en primer término a la defensa o conservación de los bienes culturales. Esto es, entender que la defensa contra la expoliación habilita al Estado a la adopción de cualquier medida de alcance o naturaleza protectora tiene como efecto privar de sentido la asunción de competencias sobre Patrimonio Cultural que efectúan los distintos Estatutos de Autonomía, en el marco que les ofrecía la propia Constitución Española. En la medida en que el ejercicio de estos títulos se concreta en actividades normativas y administrativas de alcance limitador o de signo negativo -de policía en términos jurídico-administrativos-

no resulta viable el ejercicio concurrente de las competencias estatal y autonómica, ya que técnicamente no es posible que unos mismos bienes queden sometidos a regímenes de intervención paralelos, ambos ordenados a garantizar la conservación y tutela de tales bienes. Se hace precisa una interpretación armonizadora que compatibilice el ejercicio de las competencias estatal y autonómica.

En este contexto de indefinición se dicta en 1985 la LPHE, que realiza una regulación completa y sistemática del Patrimonio Cultural, sin especificar los títulos competenciales en que se asienta. Es además una ley que ofrece un mismo contenido regulatorio a todas las Comunidades Autónomas, a pesar de que los términos de la asunción estatutaria pudieran indicar que existían distintos niveles o techos competenciales. La LPHE responde a una cierta inercia estatal, propia de los primeros años de andadura del Estado autonómico, de regulación extensa de ciertas materias de espaldas a las respectivas competencias que hubieran podido asumir las Comunidades Autónomas. La LPHE consagra a su vez un concepto amplio de expoliación, que ampara no sólo la intervención con base en la destrucción física de los bienes que integran el Patrimonio Cultural, sino incluso la perturbación de la función social que estos bienes están llamados a cumplir. La regulación extensa de la LPHE entronca igualmente con una extendida interpretación doctrina en virtud de la cual, para permitir la articulación de la competencia estatal con las autonómicas, se postulaba que la defensa contra la expoliación por parte del Estado podía satisfacerse dictando un régimen jurídico protector de alcance general, sin perjuicio de que su ejecución se confiara a las Comunidades Autónomas. En esas coordenadas se mueve la LPHE, que venía *de facto* a transformar la distribución que se deriva del artículo 149.1.28ª CE, en un esquema

de reparto funcional que, en algunos pasajes, se limita al establecimiento de unas determinaciones mínimas –una suerte de bases- que han de ser objeto de desarrollo y aplicación por las Comunidades Autónomas (por ejemplo, en la regulación de las actividades arqueológicas) y, en otros aspectos, aborda una formulación precisa del régimen jurídico para su directa aplicación por las Comunidades Autónomas (por ejemplo, tipología de figuras de protección y tramitación de procedimientos de declaración). La LPHE, además, reserva al Estado la adopción de las decisiones administrativas de mayor trascendencia (declaración de bienes de interés cultural, inventario), a las que se anudan tanto la aplicación del régimen de protección de los bienes del Patrimonio Cultural como el ejercicio de competencias estatales de defensa contra la exportación o la obtención de beneficios fiscales en el marco de la legislación estatal.

La STC 17/1991, de 31 de enero, por la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LPHE, intentó hacer una lectura que reequilibrara las competencias autonómicas y estatales sobre el Patrimonio Cultural. El Tribunal Constitucional salvó la constitucionalidad de la ley, pero atribuyó con carácter general a las Comunidades Autónomas la resolución de los procedimientos declarativos. Aunque en este punto la labor del Tribunal Constitucional estuvo condicionada por los términos en que fueron planteados los recursos, centrados más en el plano aplicativo, en determinar las instancias competentes para desarrollar determinadas actuaciones administrativas, que en cuestionar la legitimidad de una regulación de las características de la LPHE, se echa en falta una reflexión más acabada en la sentencia sobre los títulos que fundan la competencia legislativa estatal sobre el

Patrimonio Cultural y el alcance de su ejercicio por relación a las competencias autonómicas. Antes al contrario, la sentencia desenvuelve sus razonamientos obviando la circunstancia de que, de acuerdo con las asunciones estatutarias, las Comunidades Autónomas pudieran dictar leyes sobre el Patrimonio Cultural, como el propio Tribunal había reconocido en la STC 103/1988, de 8 de junio. La sentencia se limita a *compensar* a las Comunidades Autónomas en el plano ejecutivo, en el contexto de la aplicación de la Ley estatal.

Esta decisión del Tribunal Constitucional, sin embargo, ha tenido como efecto que las Comunidades Autónomas se hayan lanzado a dictar sus propias leyes de Patrimonio Cultural, con la pretensión de desplazar la aplicación de la LPHE. El Estado parecía haberse aquietado a esta situación, satisfecho con el papel de inspiración o referente que ha jugado la LPHE respecto a la legislación autonómica, arribando a un resultado práctico próximo al que hubiera conducido una distribución de competencias según el esquema funcional de bases/desarrollo[192]. La asunción por el legislador estatal de la legislación autonómica como dato incontrovertible se hizo manifiesta en el desarrollo reglamentario del mecanismo de intervención subsidiaria del Estado en casos de expoliación previsto en el artículo 4 LPHE[193]. De acuerdo con aquel,

---

[192] Esta valoración está muy extendida entre la doctrina, v. por todos, J. GARCÍA FERNÁNDEZ, "¿Es necesaria una nueva Ley del Patrimonio Histórico Español?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 2, 2009, pág. 67.

[193] Se trata del artículo 57 bis, introducido por el Real Decreto 64/1994, de 11 de enero, como único contenido del nuevo Capítulo III, en el Título III del Real Decreto 111/1986, de 11 de enero.

la actuación de la Administración General del Estado no procede si la Comunidad Autónoma ha adoptado o está adoptando medidas de protección previstas "*en su propia legislación*" y éstas son estimadas adecuadas y suficientes por el Ministerio. Del mismo modo, el Estado ha extendido el régimen de beneficios fiscales a los bienes declarados conforme a las categorías propias de la legislación autonómica[194]. En cualquier caso, la sintonía que, a grandes rasgos, se aprecia entre la LPHE y las leyes autonómicas no deja de ser una situación meramente coyuntural, toda vez que ningún obstáculo jurídico formal impide que el legislador autonómico opte por soluciones divergentes a las asumidas por la LPHE, ante la falta de explicitación de la base competencial en que se fundan sus distintas disposiciones. Además, el advenimiento de la legislación autonómica ha tenido como efecto una minoración práctica en la integridad de las funciones ejecutivas que conservaba el Estado al amparo de la LPHE, con el aval de la STC 17/1991, facultades que dependían de la aplicación las figuras de protección previstas en la ley estatal. El resultado ha sido un condicionamiento del ejercicio de las competencias estatales por previas decisiones autonómicas, cuando no un completo desapoderamiento.

En este escenario de progresivo recorte de la operatividad de las competencias estatales, se produce en 2009 un cambio sustancial en la postura "pasiva" que venía caracterizando al Estado, cuando éste procede, en aplicación del hasta entonces inédito mecanismo de intervención subsidiaria del artículo 4 LPHE, a declarar la existencia de expoliación y a adoptar medidas ejecutivas de obligado

[194] Disposición Adicional Cuarta, Ley 49/2002, de 23 de diciembre, del Mecenazgo.

cumplimiento para la Administración autonómica (y la municipal), con ocasión del plan especial de protección y reforma interior del conjunto histórico del Cabanyal[195]. Este "despertar" del Estado en su papel de garante del Patrimonio Cultural frente a la expoliación ha puesto de nuevo el foco sobre la conflictividad -que ha dejado de ser potencial- a que conduce la configuración actual de los títulos competenciales sobre el Patrimonio Cultural en el bloque de la constitucionalidad y refuerza la necesidad de revisar la LPHE, que ya había sido asumida por el Estado[196].

La realidad normativa actual, marcada por el advenimiento de la legislación autonómica, desaconseja, a mi juicio, que la nueva intervención legislativa estatal se ciña a una reforma puntual de la LPHE. Al momento de dictarse la LPHE, en 1985, quizás pudo entenderse justificado su contenido extenso con base en la defensa contra la expoliación, en la medida en que era urgente adoptar una nueva regulación con nuevas figuras, que habilitara nuevos ámbitos de intervención administrativa y sustituyera el obsoleto instrumental que ofrecía la legislación preconstitucional. A día de hoy, con una regulación autonómica completa del Patrimonio Cultural, técnicamente más acabada, puede afirmarse que no concurre el presupuesto de hecho que justifique un ejercicio legislativo de la competencia estatal de defensa contra la expoliación que responda a

---

[195] Orden Ministerial CUL 3631/2009, de 29 de diciembre. Sobre los antecedentes del caso y la controversia judicial a que ha dado lugar, v. nota 118.

[196] J. GARCÍA FERNÁNDEZ da cuenta de los antecedentes y de las características de la comisión creada por la Orden Ministerial CUL/2395/2008, de 31 de julio, para el estudio y preparación del anteproyecto de Ley del Patrimonio Histórico Español, v. del autor, "La reforma de la Ley de Patrimonio Histórico ante el decimoquinto aniversario de su aprobación", *PC y D,* núm. 13, 2009, págs. 19-33.

las características de la LPHE. Una nueva ley estatal debe dictarse sobre otras bases, coherente con el papel del Estado de garante último de la integridad del Patrimonio Cultural, una regulación que atienda al papel de actores principales en la defensa del Patrimonio Cultural que la Constitución quiso asignar a las Comunidades Autónomas. El limitado alcance normativo que presenta la competencia estatal de defensa frente a la expoliación del artículo 149.1.28ª CE no impide, sin embargo, reconocer la confluencia puntual de títulos competenciales distintos al específico sobre Patrimonio Cultural que justifica el abordaje de determinados desarrollos normativos por el Estado[197], pero aquellos no prestan cobertura a una ley de la extensión y pretensiones codificadoras que tuvo la LPHE en 1985. De ahí que, en estos momentos, limitar la revisión de la legislación estatal a la introducción de reformas puntuales en la LPHE equivaldría a mantenerla en el limbo jurídico en el que actualmente se encuentra: una ley en vigor, que no es objeto de aplicación efectiva y de la que se desconoce en qué medida condiciona la acción legislativa de los parlamentos autonómicos[198]. Una nueva aproximación del legislador estatal a la materia demanda, en primer término, la concreción de los títulos competenciales que fundan las nuevas disposiciones.

---

[197] Habrá ocasión de referirse a esos otros títulos (legislación civil, relaciones internacionales, igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de derechos) cuando se aborde el valor de determinadas disposiciones de la LPHE sobre el Patrimonio Arqueológico y en qué medida condicionan al legislador autonómico.

[198] No comparto el planteamiento de J. GARCÍA FERNÁNDEZ, quien, principalmente, por razones de oportunidad política -las consecuencias que una ley estatal de nueva planta puede tener sobre una legislación autonómica ya asentada- aconseja una modificación parcial de la LPHE, en "¿Es necesaria una nueva Ley…?", cit., págs. 64-71 y "La reforma de la Ley del Patrimonio…", cit., págs. 28-33.

Por otra parte, una nueva ley estatal de Patrimonio Cultural, además de la toma en consideración del vigente marco normativo y de gestión autonómica, debe garantizar un ejercicio autónomo, no condicionado, de las competencias del Estado, que en la situación actual no se da, en especial en materia de exportación. En este sentido, la creación de instrumentos administrativos de gestión de carácter auxiliar, posibilidad admitida por el Tribunal Constitucional, cuya regulación y efectos se ciñan exclusivamente al control de la exportación de los bienes culturales constituye una alternativa perfectamente viable desde el punto de vista constitucional. En cuanto a la defensa frente a la expoliación, cuyo contenido resulta más difícil equilibrar con las competencias autonómicas, su alcance normativo debiera quedar limitado a la fijación de determinaciones que definan, en primer término, el ámbito material sobre el que se proyecta la acción de tutela, con carácter mínimo y sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan aumentar la relación de intereses y realidades culturales objeto de protección, así como los contenidos que el Estado estima imprescindibles para garantizar su preservación en sentido estricto, que resultarían indisponibles para el legislador autonómico. Por lo que hace a la concreción de la competencia de defensa frente a la expoliación en el plano ejecutivo, estimo que debe ceñirse a la previsión de potestades de intervención en un número muy limitado de supuestos concretos y bien definidos vinculados al riesgo de pérdida o destrucción de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural o de los intereses que los identifican. Su articulación podría realizarse sobre la base de una figura de declaración estatal que, sin privar a las Comunidades Autónomas de la gestión ordinaria de los bienes de acuerdo con los mecanismos y figuras previstos en sus

respectivas legislaciones[199], previera la intervención preceptiva del Estado en procedimientos administrativos autonómicos conducentes a la adopción de decisiones que puedan comprometer la integridad o preservación de los intereses que caracterizan el Patrimonio Cultural.

En una perspectiva más amplia, es posible que la habilitación al Estado que efectúa el artículo 149.2 CE en el ámbito promocional y servicial no basten para garantizar una actuación suficientemente eficaz para la conservación o promoción de los valores culturales que sustentan la identidad nacional. Quizás hubiera requerido la explicitación de una competencia estatal para la defensa del Patrimonio Cultural Común, tal y cómo se contempló en algún momento del proceso constituyente. En cualquier caso, toda pretensión de ampliar las facultades del Estado en esta dirección requeriría una revisión de la propia Constitución.

[199] Discrepo, en este punto, de la propuesta planteada por J. M. ALEGRE ÁVILA, quien sugiere la creación de una figura de bienes de interés cultural declarada por el Estado, una suerte de "super BIC", a efectos de sustraer la entera gestión de los mismos a las Comunidades Autónomas, en "Observaciones para una revisión de la Ley del Patrimonio Histórico Español", *PC y D*, núm. 13, 2009, págs. 14-15.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

2.1. El Patrimonio Cultural como objeto del Derecho Internacional

De forma paralela a la progresiva incorporación a los textos constitucionales de la protección y promoción del Patrimonio Cultural como misión de los poderes públicos en el marco del Estado social, desde mediados del siglo XX el Derecho Internacional ha experimentado un interés creciente por el Patrimonio Cultural. No es algo casual por cuanto se trata de planos normativos estrechamente interrelacionados, que se condicionan mutuamente[200].

La aparición de un Derecho Internacional del Patrimonio Cultural ha sido muy favorecida por la creación de organizaciones internacionales especializadas o que dedican una atención preferente a la cultura. En el plano universal, se constituye mediante Convenio el 16 de noviembre de 1945 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a la que se incorpora España el 30 de enero de 1953. Entre sus funciones se citan la ayuda a la conservación, al progreso y a la difusión del saber, velando por la conservación y la protección del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomendando a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin (art. I.2.c). En el plano regional, el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949, al que España se adhiere el 24 de noviembre de 1977, funda el

[200] V. P. HÄBERLE, "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", cit., págs. 37-38

Consejo de Europa con la finalidad de "realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social" (art. 1.a), finalidad que ha de alcanzarse mediante la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en diversos campos entre los que se cuentan el cultural y el científico (art. 1.b). Debe subrayarse también el papel jugado por algunas organizaciones no gubernamentales de carácter técnico, entre las cuales destaca el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), instituido con ocasión del II Congreso de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos celebrado en Venecia en 1964, que tiene, a su vez, el estatuto de institución consultiva de la UNESCO en determinados procedimientos. Constituye un foro privilegiado de encuentro, análisis y reflexión interdisciplinar de especialistas (arquitectos, urbanistas, arqueólogos, historiadores del arte, antropólogos, etc) implicados en la conservación y protección del Patrimonio Cultural.

La existencia de estas organizaciones, sin embargo, no es causa, sino efecto del interés de la comunidad internacional por las cuestiones culturales. Centrándonos en el Patrimonio Cultural, cabe preguntarse las razones por las cuáles se ha convertido en objeto del Derecho Internacional y de la actividad de organizaciones internacionales. En primer término, puede señalarse cómo la noción de Patrimonio Cultural, sin entrar en el debate sobre la mayor o menor amplitud del concepto, conecta con una cierta visión universalista de la cultura de raíz ilustrada[201]. La idea de que las

[201] Resultan ilustrativas las reflexiones del arqueólogo francés y estudioso del arte Antoine C. Quatremère de Quincy (1755-1849) contenidas en una serie de

realizaciones culturales de todos los pueblos constituyen aportaciones que enriquecen a todo el género humano y que, por esta razón, existe un interés general de la humanidad, representada por la comunidad internacional, en su conservación, protección y difusión se encuentra explicitada en numerosos textos internacionales. Pueden citarse como ejemplo el Preámbulo del Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, que afirma que "los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al *patrimonio cultural de toda la humanidad*, puesto que cada pueblo

---

cartas publicadas en 1796, en las que se denunciaba el desplazamiento de monumentos y la expoliación a que estaba siendo sometida la ciudad de Roma:

> "*En effet, vous le savez, les arts et les sciences forment depuis long-temps en Europe une république, dont les membres, liés entre eux par l'amour et la recherche de beau et de vraie qui son leur pacte social, tendent beaucoup moins à s'isoler de leurs patries respectives, qu'à en rapprocher les intérêts sous le point de vue si précieux d'une fraternité universelle. Cet hereux sentiment, vous le savez encoré, ne peut èttre étouffé mème par ces discordes sanglantes qui poussent les nations à s'entre-déchirer.*
>
> *Ainsi, je ne puis bien répondre à votre question, qu'en faisant abstraction de ce faux interèt de pays, qui est le partage des ignorans et des fripons: ce será comme membre de cette république générale des arts et des sciences, et non habitant de telle ou telle nation, que je discutirai de cet interêt que toutes les parties ont à la conservation du tout. Quel est-il cet interêt? C'est celui de la civilisation, du perfectionnement des moyens de bonheur et de plaisir, de l'avancement et des progres de l'instruction et de la raison, de l'amelioration enfin de l'espèce humaine. Tout ce qui peut concourir à cette fin appartient à tous les peuples; nul n'a le droit de s'approprier ou d'en disposer arbitrairement.*
>
> *Je sais bien aussi qu'il existe sur l'objet de cette discussion des maximes de droit public, que quelques esprits perverses u pervertís feignent d'ignorer, et dont l'oublie, s'il pouvoit avoir lieu, feroit rétrograder l'Europe, et rentrer son droit des gens dans le chaos de la politique léonine des anciens Romains*"

La cita se ha tomado de T. SCOVAZZI: "La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationeux", en VV. AA. (coord. J. R. NAFZIGER y T. SCOVAZZI), *Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* Ed. Academie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, págs. 19-20.

aporta su contribución a la cultura mundial" y añade que "la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo"; o el Preámbulo de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972, donde se afirma que "el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del *patrimonio de todos los pueblos del mundo*".

La influencia de la antropología en la evolución y ampliación del concepto de cultura y la subsiguiente apertura del Patrimonio Cultural a manifestaciones que se alejan de los clásicos contenidos dictados por la historia del arte en el mundo occidental -es decir, la superación de un concepto monumental y esteticista del Patrimonio Cultural[202]- obligan, no obstante, a hacer algunas matizaciones respecto a cómo debe entenderse el término "universal" aplicado a los bienes culturales en los tratados internacionales. El valor universal del Patrimonio Cultural -al que se alude junto a la excepcionalidad como requisito para ingresar en la lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO (art. 11. 2 Convención del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972)- no se refiere a que se trate de una manifestación cultural compartida por todos los pueblos del mundo ni que sea conocida por todos los habitantes del planeta, tampoco pretende expresar una preeminencia de ciertas expresiones culturales geográficas o históricas sobre otras. El sentido del término universal aplicado al Patrimonio Cultural alude a la capacidad de los bienes culturales para testimoniar, ilustrar o

[202] De la que, como veremos, son tempranos exponentes las disposiciones ordenadas a la protección de las antigüedades, v. Capítulo II, epígrafe 2.

constituir una solución a cuestiones o circunstancias a las que se ha enfrentado el género humano a lo largo de la historia[203].

Dando un paso más, se habla por referencia al Patrimonio Cultural de un Patrimonio común de la humanidad. Así, el Preámbulo de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 afirma que "ciertos bienes del patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige se conserven como elementos del *patrimonio mundial de la humanidad entera*". Se trataría en este caso de un uso impropio o figurado de una categoría de Derecho Internacional concebida para la gestión racional de recursos o espacios situados más allá de la jurisdicción de los Estados en beneficio de toda la humanidad y cuyo contenido jurídico se resume en los principios de no apropiación y exclusión de soberanía, uso pacífico y libertad de acceso, exploración e investigación científica[204]. En la medida en que los bienes que integran el Patrimonio Cultural se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados –con la excepción, como veremos, de una parte del Patrimonio Cultural subacuático-, no puede decirse en rigor que constituyan un Patrimonio común de la humanidad. Con ello se expresa, más bien, la existencia de un interés superior de la comunidad internacional que trasciende al de los Estados y que justifica una limitación de la soberanía sobre tales bienes. No obstante, la apelación a la fórmula del Patrimonio común de la

---

[203] V. L. LEVY-STRAUSS: "Diversité, universalité el representativité", en VV.AA. *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, cit., págs. 32-33.

[204] V. A. BLANC ALTEMIR, *El Patrimonio Común de la Humanidad,* Ed. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 55-135.

humanidad tiene la virtualidad de subrayar la dimensión diacrónica del género humano del que el Patrimonio Cultural sería su expresión, de tal modo que la protección del Patrimonio Cultural se realiza en beneficio tanto de las generaciones presentes como de las futuras, en garantía de su "derecho a la memoria", actuando los Estados como fiduciarios ante la comunidad internacional[205].

En razón del interés general de la humanidad en los bienes culturales algunos autores han afirmado la existencia en Derecho Internacional de una obligación *erga omnes* de respeto al Patrimonio Cultural tal como se da en el ámbito de los derechos humanos o del medio ambiente[206]. Se trata, en cualquier caso, de una afirmación discutida, en especial por lo que hace a la protección del Patrimonio Cultural en tiempo de paz. En cambio, sí hay cierto consenso en la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe la destrucción del Patrimonio Cultural en períodos de conflicto armado, una obligación *erga omnes* que vincularía a todos los Estados con independencia de su condición de parte en los tratados internacionales que explicitan esta prohibición[207].

---

[205] V. J. M. PUREZA: *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, págs. 350-351.

[206] V. F. FRANCIONI: "Principi e criteri ispiratori per la protezione internazionale del patrimonio culturale", en VV. AA. (coord. F. FRANCIONI, A. DEL VECCHIO, P. DE CATERINI), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura,* Ed.Giuffrè, Milán, 2000, pág. 13.

[207] V. al respecto las reflexiones de R. G. BANDEIRA GALINDO, a propósito de la Declaración relativa a la destrucción intencional del Patrimonio Cultural, de 17 de octubre de 2003 adoptada por la UNESCO a raíz de la destrucción en marzo de 2001 de las estatuas colosales de Buddha en Bamiyan por el régimen talibán, en "The UNESCO Declaration concerning the intentional destruction of cultural heritage", en VV. AA. *Le patrimoine culturel de l'humanité,* cit., págs. 399-453, en especial págs. 445-451.

Junto a la dimensión universal, desde una perspectiva étnica o romántica se pone el acento en el carácter del Patrimonio Cultural como componente esencial para la identidad de una comunidad o nación. En este sentido, desde muy temprano las legislaciones nacionales se han preocupado por asegurar la permanencia de los bienes culturales en el entorno geográfico o cultural que los alumbró, como garantía, junto a la conservación, de la integridad de los Patrimonios Culturales nacionales. Sin embargo, la multiplicación de los intercambios comerciales en una economía crecientemente globalizada y liberalizada y el creciente atractivo de los bienes culturales como inversión ha puesto en peligro la permanencia de éstos en su país de origen y ha evidenciado la necesidad de contar con mecanismos de cooperación internacional que complementen las determinaciones del Derecho interno. En este caso, el Derecho Internacional acude en auxilio de los intereses nacionales. Esta circunstancia no impide que el Derecho Internacional asuma como un valor propio la permanencia del Patrimonio Cultural en su entorno, puesto que es la comprensión de las relaciones del bien cultural con el contexto en que surge y se integra la que lo dota de pleno significado. Así lo reconoce el Preámbulo de la Convención UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, de 1970, cuando afirma que "los bienes culturales son uno de los elementos fundamentales de la civilización y de la cultura de los pueblos, y que sólo adquieren su verdadero valor cuando se conocen con la mayor precisión su origen, su historia y su medio". Esta misión del Derecho Internacional encuentra, sin embargo, mayores resistencias para afirmarse por las reticencias –o abierta oposición- de cierto sector de la comunidad

internacional, no muy representativo en cuanto al número de Estados que lo integran, pero significativo por el peso que ostentan sus posiciones, valedor de una visión marcadamente liberal de los intercambios de bienes culturales. El principal argumento esgrimido desde estas posiciones es que el "nacionalismo cultural", empeñado en mantener los bienes en sus países de origen, puede constituir una mayor amenaza si el Estado carece de los medios materiales y técnicos para su conservación y puesta en valor[208]. Para contrarrestar estas posiciones, se argumenta la necesidad de desarrollar mecanismos internacionales para la asistencia en esos ámbitos a los Estados más desfavorecidos, como complemento necesario de cualquier instrumento tendente a favorecer la permanencia de los bienes en sus contextos geográficos y culturales[209].

Conservación de los bienes culturales y lucha contra el tráfico ilícito serían las dos finalidades esenciales que explican la internacionalización en términos jurídicos del Patrimonio Cultural. Los instrumentos son muy numerosos y variados en naturaleza jurídica, temática y ámbito geográfico. Lógicamente, los tratados son los que, por su carácter vinculante, poseen mayor relevancia jurídica. No ha de desdeñarse, aunque carezcan de fuerza de obligar, el valor de las numerosísimas resoluciones y declaraciones producidas por los órganos directivos o las conferencias o asambleas generales de las organizaciones internacionales con competencias culturales, en la medida en que expresan la progresiva formación de consensos en el

---

[208] Expresiva de esta posición es la postura de J.H. MERRYMAN, expresada en su trabajo "Two ways of thinking about cultural property", *American Journal of International Law,* vol. 80, 1986, págs.831-853.

[209] V. T.SCOVAZZI, "Le notion de patrimoine…", cit., pág. 75.

plano internacional así como por su capacidad para inspirar y nutrir la producción de Derecho interno o su aplicación. También poseen relevancia los documentos elaborados en el seno del ICOMOS, tanto por su papel de consultora de organizaciones internacionales, como por la producción de protocolos que orientan a las autoridades nacionales en el ejercicio de tareas con un alto componente de discrecionalidad técnica.

En cuanto al contenido de los diversos instrumentos internacionales, éstos reflejan prioritariamente el interés de la comunidad internacional en la protección y difusión del valor de los bienes culturales, la aludida dimensión universalista del Patrimonio Cultural, o bien se orientan a la lucha contra la exportación ilícita. A su vez, en materia de protección los instrumentos se han ido diversificando temáticamente para atender sectores o bienes culturales con una problemática específica. En este sentido, el Patrimonio Arqueológico, aunque participa de la regulación genérica de los bienes culturales, ha sido de los primeros en recibir una atención especializada del Derecho Internacional, tanto en tratados como en documentos de *soft law*, lo que se explica porque sus singulares características lo hacen en mayor grado vulnerable a los peligros de destrucción física y de salida ilícita de las fronteras nacionales. Además, el interés del conjunto de la humanidad se manifiesta de manera más tangible en los bienes arqueológicos, muchos de los cuales son producto de civilizaciones y culturas ya desaparecidas que se resisten a ser encerradas en los límites de las fronteras estatales contemporáneas. Posteriormente ha sido objeto de tratamiento específico el Patrimonio Cultural Subacuático, que puede considerarse un tipo especial de Patrimonio Arqueológico. En este caso el tratamiento normativo internacional se justifica además por la

necesidad de ofrecer una regulación para la investigación y gestión de bienes que, en un alto número, se encuentran geográficamente más allá de las jurisdicciones nacionales.

La exposición que sigue atiende básicamente a la temática de los instrumentos internacionales, distinguiendo los relativos al Patrimonio Cultural en general y al Patrimonio Arqueológico en particular. Se pretende ofrecer ahora tan sólo una indicación sumaria de los mismos. En la medida en que los tratados, una vez suscritos y publicados en nuestro país, constituyen Derecho plenamente aplicable, según establece el artículo 96 CE, se ha postergado deliberadamente a los apartados correspondientes de este trabajo el análisis en detalle de cuestiones de régimen jurídico que suscitan. La vigencia interna del Derecho Internacional es reiterada por la Disposición Adicional Séptima LPHE que, a su vez, señala como finalidad a la que debe encaminarse la actividad de las administraciones culturales el cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones para la protección del Patrimonio Histórico adoptadas por los Organismos Internacionales de los que España sea miembro.

2.1.1. El Patrimonio Cultural en los instrumentos internacionales de carácter general. Algunas consideraciones relativas al Patrimonio Arqueológico

Las primeras manifestaciones internacionales en el ámbito de la protección del Patrimonio Cultural se producen en el campo del

Derecho humanitario o Derecho de los conflictos armados[210], siendo la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado[211] el primer texto internacional de relevancia. Resulta significativo que junto a la población civil, el Derecho humanitario haya atendido a los bienes culturales como objeto de protección, lo que expresa gráficamente el estrecho vínculo entre los pueblos y los testimonios culturales que producen. En este sentido, los bienes culturales, además de verse afectados colateralmente por la destrucción que todo conflicto armado trae consigo, pueden constituir objetivos militares *per se* en el marco de una estrategia de debilitamiento sicológico o moral del enemigo. A la vista de los estragos que produjo en el Patrimonio Cultural la II Guerra Mundial, la Convención de 1954 sienta un régimen que asegure la protección de los bienes culturales por todas las partes en conflicto, garantizando en paralelo que alguna de los contendientes no pretenda obtener algún tipo de ventaja estratégica al socaire del peculiar estatus de estos bienes. La Convención contempla como bienes culturales susceptibles de protección tanto inmuebles como muebles "*que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos*", individualmente considerados o formando parte de un conjunto, entre los que se citan los campos y

---

[210] Así, se encuentran algunas referencias en la Convención de La Haya de 1899 sobre leyes y costumbres de la guerra en tierra y las Convenciones IV y IX de la Haya de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra en tierra y el bombardeo por fuerzas navales en tiempos de guerra, respectivamente. El antecedente más inmediato es el Tratado para la protección, en tiempos de guerra y de paz, de los monumentos históricos, de los museos y de las instituciones científicas y artísticas, hecho en Washington en 1935 y conocido como "Pacto Roerich", de ámbito regional americano. V. T. SCOVAZZI, "La notion de patrimoine…", cit., págs. 16-17.

[211] Ratificada por España mediante instrumento depositado el 7 de julio de 1960.

objetos arqueológicos, y se hace extensivo el régimen previsto a los centros de depósito que pudieran albergarlos (art. 1). El objeto principal de la Convención se sustancia en la formulación del deber de respetar los bienes culturales, ya estén situados en territorio propio o ajeno, absteniéndose las partes de utilizarlos para fines que puedan exponerlos a destrucción y deterioro y prohibiendo expresamente los actos de hostilidad contra los mismos (art. 4.1). No obstante, se contempla la posibilidad de excepcionar estos deberes "en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento" (art. 4.2). La Convención formula obligaciones de la potencia ocupante en orden a la protección del patrimonio cultural del territorio ocupado (art. 5) y prevé que los bienes culturales puedan identificarse mediante emblema (art. 6). Los mayores esfuerzos se dirigen a la protección de un número restringido de refugios para el depósito de bienes culturales muebles, de centros monumentales y de bienes inmuebles "de importancia muy grande", mediante la dispensación de la denominada "protección especial", sujeta a ciertas condiciones que impidan la obtención por este motivo de algún tipo de ventaja militar (art. 6.1). Los citados bienes son objeto de inscripción en un "Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial" (art. 8.6), lo que obliga a las partes del tratado a garantizar su inmunidad (art. 9), por lo que han de ser debidamente identificados mediante el emblema descrito en la Convención (arts. 10 y 16). No obstante, también el régimen de protección especial puede ser suspendido "en casos excepcionales de necesidad militar ineludible" (art. 11.2), así como en caso de violación por la otra parte del compromiso de inmunidad adquirido (art. 11.1). Se regula también el transporte de bienes culturales bajo protección especial (art. 12) y en casos de

urgencia (art. 12). La Convención proyecta algunas de sus determinaciones al tiempo de paz y así, formula la obligación de emprender en ese período las acciones necesarias que garanticen la salvaguardia de tales bienes (art. 3) así como el deber de inculcar en la formación de las fuerzas armadas "un espíritu de respeto a la cultura y a los bienes culturales de todos los pueblos" (art. 7.1).

La Convención se complementa con dos protocolos. El primero de ellos, también de 14 de mayo de 1954[212], se centra en la restitución de bienes culturales desplazados durante el conflicto a sus países de procedencia, ya se trate de bienes que fueron exportados desde un territorio ocupado en contravención de la Convención (apartado I) o depositados en el territorio de otro Estado con la finalidad de protegerlos durante el conflicto (apartado II). El Protocolo II, de 26 de marzo de 1999[213], en vigor desde el 9 de marzo de 2004, refuerza considerablemente el régimen previsto en la Convención. Inspirándose en el sistema previsto en la Convención para la protección del Patrimonio Mundial de 1972, que veremos a continuación, instituye un sistema de "protección reforzada" (Capítulo III) que desplaza al régimen de protección especial previsto en la Convención de 1954. Las claves de este nuevo régimen son, de una parte, la institucionalización de la gestión, mediante la creación de un "Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado" (arts. 24-28) formado por doce de los Estados miembros de la Convención, cuya elección se renueva

[212] España pasa a ser parte del Protocolo I mediante Instrumento de Adhesión de 1 de junio de 1992

[213] España pasa a ser parte del Protocolo II mediante Instrumento de Ratificación de 21 de junio de 2001.

periódicamente. De otra, la creación de una "Lista de Bienes bajo protección reforzada", siendo competencia del Comité las decisiones relativas a la concesión de esta protección, aunque su actuación tiene siempre como presupuesto la petición cursada por el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el bien (art. 11.1 y 2). El Protocolo II explicita las condiciones para que un bien pueda ser incluido en la lista, entre las cuales figura que se trate de "un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad" (art. 10.a). La concesión de la protección reforzada implica para los Estados parte en el Protocolo el deber de garantizar su inmunidad (art. 12). El Comité es competente para decidir la suspensión o anulación de la protección reforzada mediante la retirada de un bien de la lista (art. 14), aunque también se contempla que pierda la protección cuando el bien cultural haya pasado a convertirse en objetivo militar, en las condiciones que el Protocolo II detalla (art. 13.2), precisando de este modo el régimen previsto en la Convención de 1954. Se inspira también el Protocolo II en la Convención UNESCO de 1972 al constituir un fondo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, gestionado por el Comité (art. 29).

Otro de los méritos del Protocolo II reside en exigir a los Estados el establecimiento de un régimen de responsabilidad penal de los individuos por daños a los bienes culturales en contravención con sus disposiciones y el ejercicio de sus jurisdicciones para la persecución de los responsables (Capítulo IV). Es también loable el esfuerzo por objetivar el concepto de "necesidad militar imperativa" que permite excepcionar el deber general de respeto de los bienes culturales (art. 6 del Protocolo, en relación con el art. 4.2 de la Convención). Finalmente, el Protocolo II explicita los deberes que incumben a las partes sobre territorios ocupados, entre los cuales se

prevé prohibir e impedir "toda excavación arqueológica, salvo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar, registrar o conservar bienes culturales" (art. 9.b). No obstante los avances que trae consigo el Protocolo II, su alcance real está comprometido por el escaso número de Estados que lo han suscrito por el momento, en especial, por comparación a los que son parte de la Convención de 1954.

La dimensión universalista presente en la Convención de La Haya de 1954 es desarrollada para el tiempo de paz por la Convención UNESCO de 23 de noviembre de 1972, de protección del Patrimonio Cultural y Natural[214]. El tratado pretende ser un punto de equilibrio entre el interés de la comunidad internacional en la protección de los bienes que contempla, concretado en los mecanismos internacionales de protección, en el principio de cooperación internacional y en una mínima estructura institucional, y la soberanía de los Estados[215], quienes además de acceder voluntariamente a la condición de partes del tratado, tienen la iniciativa para hacer ingresar los bienes de su patrimonio en el instrumento de la lista que prevé la Convención. Expresivo de esa búsqueda de equilibrio es el reconocimiento pleno de la soberanía de los Estados en cuyo territorio se encuentren los bienes del patrimonio cultural y natural, que se formula en paralelo con el reconocimiento por los Estados de que constituye "un *patrimonio universal* en cuya

[214] España es parte mediante Instrumento de Aceptación de 18 de marzo de 1982.

[215] V. T. SCOVAZZI: "La notion de patrimoine culturel…", cit., pág. 49.

protección la comunidad internacional tiene el deber de cooperar" (art. 6).

Las categorías de bienes integrantes del Patrimonio Cultural que contempla la Convención son "monumentos", bienes aislados de naturaleza mueble o inmueble; "conjuntos", integrados por grupos de construcciones; y "lugares", de naturaleza inmueble, ya sean obras del hombre u obras del hombre o de la naturaleza (art.1). Los bienes de naturaleza arqueológica están expresamente contemplados en las enumeraciones, de carácter ejemplificativo, en las modalidades de monumentos y lugares. Sobre los bienes culturales y naturales situados en su territorio, incumben primordialmente a los Estados las obligaciones de identificación, protección, conservación, rehabilitación y transmisión a las generaciones futuras. Se requiere que los Estados atiendan estas obligaciones "hasta el máximo de los recursos de que disponga", correspondiendo a la asistencia y cooperación internacionales un papel subsidiario (art. 4). En orden al cumplimiento de estas obligaciones la Convención explicita una serie de directrices de la política cultural, administrativa, científica y financiera (art. 5).

El sistema de protección internacional que diseña la Convención se concreta institucionalmente en la creación del "Comité del Patrimonio Mundial" integrado actualmente por veintiún Estados, elegidos periódicamente de entre los miembros de la Convención (art. 8). Corresponde a este órgano la inscripción de los bienes que posean "un valor excepcional universal" en la Lista del Patrimonio Mundial (art. 11.2) de acuerdo con los criterios

aprobados por el propio Comité (art. 11.5)[216]. La decisión de inscribir un bien en la lista, sin embargo, requiere necesariamente el concurso del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el bien, que interviene con carácter previo remitiendo un inventario de bienes aptos para ser incluidos en la citada lista (art. 11.1) y ha de prestar su consentimiento para que se haga efectiva la inscripción (art. 11.2). En cambio, no es necesario el consentimiento del Estado para que el Comité proceda a inscribir un bien de la "Lista del Patrimonio Mundial" en la "Lista del patrimonio mundial en peligro", cuando se encuentren "amenazados por peligros graves y precisos", como los que ejemplifica la Convención (art. 11.4). La Convención no prevé nada sobre la exclusión de un bien de la "Lista del patrimonio

---

[216] Así, en las Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial 2005 de 2 de febrero de 2005 (WHC. 05/2, parágrafos 77-78), señala como criterios indicadores de un "valor universal excepcional" en el plano cultural, que los bienes propuestos han de: "(i) representar una obra maestra del genio creador humano; (ii) atestiguar un intercambio de valores humanos considerable, durante un periodo concreto o en un área cultural del mundo determinada, en los ámbitos de la arquitectura o la tecnología, las artes monumentales, la planificación urbana o la creación de paisajes; (iii) aportar un testimonio único, o al menos excepcional, sobre una tradición cultural o una civilización viva o desaparecida; (iv) ser un ejemplo eminentemente representativo de un tipo de construcción o de conjunto arquitectónico o tecnológico, o de paisaje que ilustre uno o varios periodos significativos de la historia humana; (v) ser un ejemplo destacado de formas tradicionales de asentamiento humano o de utilización de la tierra o del mar, representativas de una cultura (o de varias culturas), o de interacción del hombre con el medio, sobre todo cuando éste se ha vuelto vulnerable debido al impacto provocado por cambios irreversibles; (vi) estar directa o materialmente asociado con acontecimientos o tradiciones vivas, ideas, creencias u obras artísticas y literarias que tengan una importancia universal excepcional". Para ser considerado de valor universal excepcional el bien "también debe reunir las condiciones de integridad y/o autenticidad y debe contar con un sistema de protección y gestión adecuado que garantice su salvaguardia". El documento puede consultarse en el sitio http://whc.unesco.org/archive/opguide05-es.pdf . Sobre los esfuerzos del Comité del Patrimonio Mundial por lograr que la Lista sea suficientemente representativa de la diversidad de culturas del mundo y el sentido del concepto de universalidad y excepcionalidad, v. "Diversité, universalité et représentativité dans la liste du patrimoine mundial", en VV. AA.: *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura,* cit., págs. 21-33.

mundial", aunque se entiende que el Comité puede tomar la decisión en contra de la voluntad del Estado afectado al que, en cualquier caso, por analogía con lo dispuesto para el caso de denegación de la inscripción, habrá de consultar previamente (art. 11.6)[217]. Realmente, esta es la única potestad de naturaleza "sancionadora" que tiene en sus manos el Comité, ya que no se contemplan mecanismos para forzar el cumplimiento de la Convención a los Estados miembros y, eventualmente, exigir responsabilidades[218]. El contenido de la Convención se complementa con la creación de un "Fondo para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural" (arts. 15-18), cuyo principal destino es la financiación del mecanismo de asistencia internacional, de carácter subsidiario respecto a los recursos estatales, previsto a favor de los bienes que integran o vayan a integrar alguna de las dos listas contempladas en el tratado (arts. 19-20). La asistencia se sustancia en la prestación de ayuda técnica o financiera (art.22), y concurre con las aportaciones que haya podido realizar el Estado (art. 25).

En un ámbito regional, el Consejo de Europa inicia su andadura normativa con el Convenio Cultural Europeo, de 19 de diciembre de 1954[219]. En él se establece el deber de las partes

---

[217] Así se prevé en las "Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial" (WHC. 05/2, parágrafos 193 y 196). La exclusión se justificaría cuando "se haya deteriorado hasta el extremo de perder las características que habían determinado su inscripción" y "no se hubieran tomado en el plazo de tiempo propuesto las medidas correctivas necesarias indicadas por el Estado parte para conservar un bien cuyas cualidades intrínsecas ya estuvieran en peligro debido a la actividad humana en el momento en que se propuso su inscripción" (parágrafo 192, letras a) y b))

[218] V. T. SCOVAZZI, "La notion de patrimoine...", cit., pág. 53.

[219] España se adhiere mediante instrumento de 4 de julio de 1957.

contratantes de considerar los objetos de valor cultural que se encuentren bajo su jurisdicción como partes integrantes del patrimonio común de Europa (art. 5) y de adoptar las medidas que garanticen su salvaguardia y el acceso a los mismos. En desarrollo de este genérico deber, se han concluido diversos tratados centrados en diversas manifestaciones del Patrimonio Cultural. Entre ellos se encuentra el Convenio para la salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa, hecho en Granada el 3 de octubre de 1985[220], limitado en su objeto a los bienes culturales de naturaleza inmueble, calificado en el preámbulo como "*testimonio inestimable y herencia común de todos los europeos*". La tipología de bienes contemplada coincide con la prevista en la Convención UNESCO de 1972 (monumentos, conjuntos y lugares) e incluye los restos y yacimientos de naturaleza arqueológica (art.1). Sin embargo, el tratado no contempla un instrumento internacional de lista o clasificación de los bienes que constituyen su objeto. La finalidad del Convenio de 1985 es, únicamente, la asunción de una serie de compromisos por los Estados firmantes en el plano legislativo y en las políticas de gestión. En el plano normativo, se recogen determinaciones ya conocidas del Derecho Internacional y de las legislaciones nacionales, tales como el deber de inventario (art. 2); el deber de protección del Patrimonio Arquitectónico en general y de los monumentos, conjuntos y lugares, en particular (art. 3); el establecimiento de un régimen de policía administrativa sobre toda actuación que pueda afectar o deteriorar los bienes arquitectónicos, intervención administrativa, que puede implicar la ejecución de obras de conservación por las autoridades administrativas en

[220] Ratificado por España mediante instrumento de 11 de abril de 1989.

sustitución del propietario o la expropiación de bienes protegidos (art. 4); la prohibición del traslado de monumentos protegidos salvo que lo requiera su salvaguarda material (art.5) así como la previsión de un régimen sancionador por incumplimiento de la legislación protectora (art. 9). En compensación de estas medidas de policía, el Convenio insta a adoptar medidas de fomento en diversos campos para promover la conservación de este patrimonio (art.6). Respecto a las políticas de gestión, el Convenio subraya la necesidad de adoptar políticas de conservación integrada, en especial, con las políticas ambientales y de planificación territorial (art. 10) y exige arbitrar mecanismos de participación en los procedimientos administrativos de las distintas instancias administrativas, asociaciones y del público en general (art. 14).

En el plano internacional son escasas las determinaciones del Convenio, limitadas a formular un compromiso de intercambio de información y de asistencia técnica mutua consistente en el intercambio de experiencias y expertos (arts. 17 y 18) entre los Estados miembros, sin que la institucionalización vaya más allá de la creación de un Comité de expertos con funciones de información periódica al Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre la situación de las políticas de conservación del Patrimonio Arquitectónico en los Estados partes y proponer a este órgano la adopción de diversas medidas para la mejor aplicación de las disposiciones del Convenio (art. 20).

Junto a los tratados que reflejan el interés de la comunidad internacional en la protección del Patrimonio Cultural, varios instrumentos internacionales responden a la necesidad de establecer mecanismos de cooperación en la lucha contra la salida ilícita de los

bienes culturales de las fronteras nacionales. En primer término debe citarse la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales[221], hecha en París el 17 de noviembre de 1970 en el contexto de la 16ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO. Este tratado tiene un antecedente en la Recomendación de la UNESCO sobre medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia ilícitas de bienes culturales, de 19 de noviembre de 1964, y materializa el principio de no empobrecimiento del Patrimonio Cultural de terceros países (art. 2), ya formulado en la Convención de La Haya de 1954 para conflictos armados[222]. Se trata, sin embargo, de un instrumento escasamente ambicioso en sus determinaciones, por la necesidad de equilibrar los intereses de países "consumidores" de bienes culturales y de los países de origen. Así se refleja en el propio preámbulo en el que se reconoce tanto el valor del intercambio de bienes culturales como la necesidad de luchar contra la depredación cultural de los países de procedencia. La Convención limita su aplicación a las categorías de bienes enunciadas en el artículo primero, si bien para beneficiarse de las disposiciones del tratado han de haber sido "expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia", lo que apunta a la necesidad de algún tipo de acto administrativo declarativo del interés. Entre las categorías enumeradas se encuentran diversas referencias a bienes de

[221] Ratificada por España mediante instrumento de 13 de diciembre de 1995.

[222] V. T. SCOVAZZI, "La notion de patrimoine…", cit., págs. 62-63.

carácter arqueológico[223], que encuentran eco en otros pasajes de la Convención en los que se precisan medidas dirigidas a la protección frente al pillaje del Patrimonio Arqueológico. Estas referencias son coherentes con la vulnerabilidad frente a la amenaza de salida ilícita de los bienes arqueológicos en comparación con otro tipo de bienes culturales, por el conocimiento más deficiente que tienen las autoridades públicas sobre su existencia y ubicación.

Una de las tareas que debe abordar un tratado de estas características es la determinación de los vínculos que permiten considerar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural de un determinado Estado. La Convención concede prioridad al criterio territorial, ya sea por origen del autor o lugar de creación del bien o de hallazgo del mismo (art. 4, letras a y b). Contempla, no obstante, supuestos de descontextualización cultural o geográfica (por ejemplo, el caso de las misiones arqueológicas), en los que siempre media el consentimiento o autorización del Estado de procedencia territorial (art. 4, letras c, d y e).

Dentro del contenido de la Convención se distinguen, de una parte, las prescripciones en orden a prevenir la salida ilícita de los territorios y, de otra, medidas para evitar la importación ilícita de bienes culturales a las que acompaña un modesto mecanismo de restitución. Dentro del primer tipo de medidas, destaca el deber de los Estados de crear servicios de protección del Patrimonio Cultural

[223] El art. 1 recoge "el producto de las excavaciones tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos" (c); "los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos e históricos y de lugares de interés arqueológico" (d); "antigüedades que tengan más de cien años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados" (e).

(art. 5), entre cuyas funciones se encuentra "organizar el control de las excavaciones arqueológicas, garantizar la conservación *in situ* de determinados bienes culturales y proteger ciertas zonas reservadas para futuras investigaciones arqueológicas" (art. 5.d). Se convierte, así, esta Convención en el primer texto normativo de ámbito universal que contiene prescripciones relativas a la gestión del Patrimonio Arqueológico. Junto a las determinaciones de orden organizativo, la Convención exige el establecimiento de un certificado para la autorización de exportaciones de bienes culturales y que los Estados impidan la salida de aquéllos que no vengan acompañados del correspondiente certificado (art. 6).

Los contenidos de la Convención en la lucha contra la importación ilícita son de menor entidad. Con carácter genérico insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para impedir la adquisición de bienes culturales por museos o instituciones similares que hubieran sido exportados ilícitamente desde otros Estados parte (art. 7.a), nada se dice respecto a la adquisición por los particulares de esos mismos bienes. Es más contundente al prohibir la importación de bienes culturales "robados en un museo, un monumento público civil o religioso o una institución similar", si bien el alcance de esta prohibición queda minorado al exigir que los bienes en cuestión figuren en un inventario de la institución interesada (art. 7.b.I). Es a estos bienes a los queda circunscrito el mecanismo de restitución que contempla la Convención, que se producirá por vía diplomática y que exige al Estado requirente que se haga cargo de la indemnización al adquirente de buena fe o quien sea poseedor legal de los bienes y del resto de gastos que comporte la restitución (art. 7.b.II). La Convención no prevé la restitución por este cauce de bienes robados a particulares, aunque obliga a que los

Estados, con arreglo a lo dispuesto en su legislación, admita la acción reivindicatoria de los propietarios legítimos sobre los bienes culturales robados o perdidos (art. 13.c). Por otra parte, que la restitución requiera que el bien haya sido previamente incluido en el inventario de un museo o edificio monumental impide que se pueda emplear este mecanismo para la devolución de bienes extraídos en excavaciones clandestinas.

Otras disposiciones que merecen ser destacadas son el deber que asumen los Estados de obligar a los anticuarios a llevar un registro que mencione la procedencia del bien cultural y datos del proveedor, descripción y precio del bien vendido así como a informar a los compradores de la eventual prohibición de que pueda ser objeto el bien (art. 10.a). Se insta a que las legislaciones estatales reconozcan el "derecho imprescriptible de cada Estado parte en la presente Convención de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados, y a facilitar su recuperación por el Estado interesado si lo hubieren sido" (art. 13.d). De esta manera, se propicia la eficacia extraterritorial de algunas de las más importantes determinaciones de la LPHE. Finalmente, importa subrayar que la Convención prevé la posibilidad de que un Estado parte cuyo patrimonio cultural se encuentre en peligro a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos pueda dirigir un llamamiento a los Estados interesados: los Estados parte quedan obligados a participar en cualquier operación internacional que se adopte en esas circunstancias para determinar y aplicar las medidas que fueran necesarias (art. 9).

Como complemento de la Convención de 1970 se elaboró también en el marco institucional de las Naciones Unidas, bajo los

auspicios de UNIDROIT, el Convenio sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995[224]. Este Convenio amplía considerablemente las posibilidades de restitución y devolución tanto respecto a los bienes que pueden ser retornados, como a los cauces que se pueden emplear o a los sujetos que pueden solicitar la restitución. Contiene además un régimen más matizado y equilibrado para la indemnización del poseedor de buena fe del bien restituido o devuelto.

Para el Convenio UNIDROIT son bienes culturales los que "por razones religiosas o seculares, revistan importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia" y pertenezcan a alguna de las categorías enumeradas en el anexo, enteramente coincidentes con las previstas en la Convención UNESCO 1970. El Convenio de 1995 distingue el supuesto de bienes robados y bienes exportados ilegalmente, reservando esta expresión a aquéllos que han salido de su país de origen mediando el consentimiento del propietario. La restitución de bienes robados y la devolución de bienes exportados ilegalmente son los dos mecanismos que se regulan, sometidos a distintas condiciones de operatividad y ejercitables por distintos sujetos. El primer mecanismo, regulado en el Capítulo II del Convenio, se extiende a los bienes culturales "procedentes de excavaciones ilegales o los procedentes de excavaciones legales que sean retenidos ilegalmente […] cuando ello sea compatible con el Derecho del Estado en que se realizó la excavación", que tendrán la consideración de bienes robados (art. 3.2). La solicitud de restitución debe plantearse en un

[224] España se adhiere mediante instrumento de 9 de mayo de 2002.

plazo de tres años desde que el solicitante tuviera conocimiento del paradero del bien y de la identidad del poseedor, siempre dentro de los cincuenta años desde que se produjo el robo (art. 3.3). No obstante, cuando el bien robado fuera parte integrante de un monumento, de un yacimiento arqueológico identificado o perteneciera a una colección pública –definida en términos bastante amplios-[225], sólo rige el primer plazo de tres años (art. 3.4), salvo declaración en otro sentido por el Estado al momento de la firma (art. 3.5 y 6)[226]. El Convenio hace extensiva la restitución a los bienes robados a particulares, no prevista en la Convención de 1970, si bien el planteamiento de la acción, a diferencia de los bienes que podemos calificar como "públicos", está sometido al plazo general de cincuenta años desde que se produce el robo. Otra limitación al ejercicio de la acción de restitución de bienes robados a particulares se encuentra en que la posibilidad de que sea directamente el propietario quien plantee la acción depende en última instancia de los procedimientos para cursar la petición que hubiera determinado al momento de la firma el Estado en cuyo territorio se encuentre el bien a restituir (art. 16.1). Así, si el Estado hubiera decidido que la vía

[225] Definida ésta en términos amplios, ya que, además de los bienes propiedad de entes territoriales infraestatales, incluiría los bienes inventariados que pertenezcan a una institución religiosa o a "una institución creada para fines esencialmente culturales, pedagógicos o científicos en un Estado contratante y reconocida en dicho Estado como institución de interés público" (art. 3.7, apartados c y d).

[226] En ese caso, el Estado firmante puede establecer un plazo de setenta y cinco años o superior que se aplicaría también a las solicitudes que entablara en el territorio de otro Estado miembro para obtener la restitución de bienes que sean parte integrante de un monumento, procedan de un yacimiento arqueológico identificado o de colecciones públicas (art. 3.5). España, por el contrario, declara en el instrumento de adhesión el carácter imprescriptible de la acción para solicitar la restitución de los bienes culturales que formen parte del Patrimonio Histórico Español, con fundamento en los artículos 28 y 29 LPHE.

de planteamiento de la solicitud es la diplomática o consular, el propietario no podría actuar directamente.

La operatividad de la devolución de bienes exportados ilegalmente, regulada en el Capítulo III, se somete a mayores restricciones que la restitución de bienes robados, en consonancia con el hecho de que en la exportación ilegal media el consentimiento del propietario en la transferencia. Resulta lógico que sólo el Estado del que salió el bien ilícitamente pueda plantear la solicitud de devolución (art. 5.1). Los plazos son análogos a los previstos para la restitución (tres años desde que se conoce el paradero y el poseedor, cincuenta desde la exportación), con la salvedad de que no se contempla especialidad alguna en favor de bienes procedentes de monumentos, yacimientos identificados o de una colección pública (art. 5.5). Que no se haya previsto ningún tipo de privilegio en los plazos de ejercicio de la acción en estos supuestos se puede entender si pensamos que es difícil imaginar a las autoridades públicas consintiendo en una transferencia internacional de bienes de su titularidad en contravención con la normativa de exportación. Sin embargo, no es enteramente descartable que pueda darse un supuesto de exportación ilegal por parte de entes infraestatales y, en mayor medida aún, de entidades religiosas o entidades privadas dedicadas a actividades culturales, o por parte de simples propietarios de un monumento del que forme parte el bien ilícitamente exportado. La viabilidad de la petición de devolución requiere además que el Estado solicitante pruebe que la exportación del bien menoscaba de forma significativa uno o varios de los intereses que se enumeran en el Convenio, relacionados con la conservación, la interpretación o el uso ritual del bien o con la importancia cultural del mismo para el Estado en cuestión (art. 5.3).

Tanto para el supuesto de restitución de bienes robados como para la devolución de bienes exportados ilegalmente se dispone la indemnización al poseedor de buena fe, pero se objetivizan los condiciones de indemnizabilidad. Así, en el caso de bienes robados se exige que el poseedor "no supiera o hubiera debido saber que el bien era robado y siempre que pueda probar que actuó con la diligencia debida cuando adquirió dicho bien" (art. 4.1), de esto modo se desplaza la carga de la prueba sobre el poseedor, que queda obligado a justificar su actuación de acuerdo con los indicios que se suministran (art. 4.4)[227]. En el caso de bienes exportados ilegalmente se exige que el poseedor "no supiera ni hubiera debido razonablemente saber en el momento de la adquisición que el bien había sido exportado ilegalmente" (art. 6.1) y se proporcionan igualmente directrices para valorar su actuación (art. 6.2). En este supuesto, además, se prevé que el poseedor de buena fe pueda renunciar a la indemnización a cambio de conservar la propiedad del bien –sin perjuicio, lógicamente, del retorno al Estado de origen- o la transferencia de dicha propiedad a una persona de su elección que resida en el Estado en cuestión (art. 6.3). Aunque el abono de la indemnización siga recayendo en el solicitante o el Estado requirente, se reconoce explícitamente el derecho al reembolso (arts. 4.4 y 6.4, para bienes robados y bienes ilícitamente exportados respectivamente).

---

[227] Según el artículo 4.4, para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida "se tendrán en cuenta todas las circunstancias relativas a la adquisición, entre ellas la condición de las partes, el precio pagado, si el poseedor consultó cualquier registro de bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información o documentación pertinentes que hubiera podido razonablemente obtener, y si el poseedor consultó a organismos accesibles o realizó cualquier otra gestión que una persona razonable habría realizado en las mismas circunstancias".

La determinación de los cauces para la presentación de las peticiones de restitución o de devolución queda en manos de los Estados quienes pueden optar, aislada o conjuntamente, por la presentación de las solicitudes ante los tribunales o la autoridad competente del Estado en cuestión; por la determinación de una o varias autoridades a quienes dirigir las peticiones, las cuales, a su vez, las transmitirán a los tribunales o a las autoridades que fueran competentes para ordenar la restitución o la devolución; o por conducto diplomático o consular (art. 16.1)[228].

También en el ámbito territorial europeo se ha regulado para favorecer el retorno de los bienes culturales a sus países de origen. En el marco del Consejo de Europa se elaboró la Convención Europea sobre infracciones relativas a los bienes culturales, adoptada en Delfos el 23 de junio de 1986. La Convención, que nunca entró en vigor al haber sido firmada sólo por seis Estados y no haber sido objeto de ninguna ratificación, se centraba en la regulación de mecanismos de cooperación judicial para la persecución internacional de delitos o infracciones administrativas que tuvieran por objeto el Patrimonio Cultural y regulaba la restitución de los bienes culturales a sus Estados de origen cuando su salida fuera consecuencia de alguno de los delitos o infracciones administrativas enumeradas en la propia Convención.

[228] En su instrumento de adhesión España declara como autoridad competente para recibir las solicitudes de restitución o devolución al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales), de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.b) del Convenio.

2.1.2. La normativa internacional que se ocupa específicamente del Patrimonio Arqueológico

Las características peculiares del Patrimonio Arqueológico –la especial vulnerabilidad e irrepetibilidad de los bienes que lo integran, la trascendencia de las actividades de estudio de que son objeto, la importancia de la gestión preventiva, etc- han propiciado que desde fecha temprana se hiciera acreedor de un tratamiento especializado. Muestra de esta atención es el hecho de que la primera recomendación adoptada en el seno de la UNESCO, durante la sesión de la Conferencia General celebrada en Nueva Delhi el 5 de diciembre de 1956, versó sobre los principios internacionales de aplicación a las excavaciones arqueológicas. La Recomendación de Nueva Delhi sienta las directrices que informan en gran medida la regulación comparada del Patrimonio Arqueológico: la naturaleza científica o de investigación de las excavaciones arqueológicas (punto 1), la sujeción a autorización de las actividades arqueológicas y el deber de comunicación de los hallazgos a las autoridades, el establecimiento de un régimen sancionador o la confiscación de los objetos no declarados (punto 5), etc. Junto a estos principios, se enuncian otros que han encontrado un reflejo menor en el Derecho nacional: así, se postula un principio de no discriminación en la obtención de autorizaciones por razón de la nacionalidad del solicitante y que la concesión atienda esencialmente a la competencia técnica de los solicitantes (puntos 14 y 15). El carácter científico de la arqueología se hace presente a su vez en el destino que debe darse prioritariamente al producto de las excavaciones (punto 22), en la obligación del concesionario de publicar los resultados obtenidos (punto 24.b) y en el libre acceso a la documentación generada en el curso de las actividades (punto 25).

Será al amparo del Consejo de Europa donde se concluya el primer tratado internacional dedicado íntegramente al Patrimonio Arqueológico, el Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico (en adelante CEPPA), hecho en Londres 6 de mayo de 1969[229]. Expone el preámbulo que "el punto de partida de esa protección debería ser la aplicación de los métodos científicos más rigurosos a las investigaciones o descubrimientos arqueológicos con el fin de preservar su plena significación histórica". En este sentido, el objetivo principal del Convenio es combatir la, entonces, principal causa de destrucción de informaciones científicas arqueológicas: las excavaciones clandestinas. La consideración científica de la arqueología informa todo el contenido del tratado. Veremos, al analizar la configuración del interés arqueológico en el Derecho Internacional, hasta qué punto la prevalencia concedida a las actividades que recaen sobre estos bienes, impregna el concepto de Patrimonio Arqueológico asumido en el CEPPA y determina el abandono del criterio de la *antigüedad* para definir el ámbito material protegido[230]. En orden a la protección, investigación y difusión de la información científica que los bienes arqueológicos atesoran, el Convenio prescribe una serie de compromisos que los Estados habrán de materializar en el plano legislativo y administrativo interno, que condiciona la gestión de los yacimientos y espacios que albergan restos arqueológicos (art. 2), la función de los poderes públicos ante las actividades de investigación arqueológica (art. 3) y la finalidad última – la difusión del conocimiento generado- a la que debe orientarse el control de las actividades de investigación (art. 4).

---

[229] España se adhiere por instrumento de 18 de febrero de 1975.

[230] V. Capítulo II, epígrafe 3.1.

El Convenio, anterior a la Convención UNESCO de 1970, contiene algunas indicaciones relativas a la circulación de bienes arqueológicos, plenamente justificada cuando atiende fines científicos, culturales y educativos (art. 5.a). Las exigencias son modestas y se limitan a que los Estados impidan que se adquieran bienes sospechosos de proceder de excavaciones clandestinas por museos u otras instituciones cuya política de adquisiciones esté controlada por el Estado (art. 6.2.a) y a desarrollar una política de información y fomento de una política responsable de adquisiciones por el resto de instituciones museísticas (art. 6.2.b). La cooperación internacional en el Convenio se limita al compromiso de los Estados de colaborar en la identificación y autenticación de bienes arqueológicos a requerimiento de otro Estado parte (art. 7).

En las últimas décadas ha variado la naturaleza de los peligros que más seriamente amenazan los bienes arqueológicos, en especial en el primer mundo. Las grandes intervenciones sobre el territorio (infraestructuras de transporte y promociones inmobiliarias, fundamentalmente), escenarios más complejos por implicar de ordinario el conflicto entre intereses divergentes de naturaleza pública, han desplazado a las excavaciones clandestinas como mayor factor de riesgo. Este cambio de circunstancias propició que el Consejo de Europa promoviera la actualización y sustitución del Convenio de 1969 por un nuevo Convenio Europeo, adoptado en La Valetta el 16 de enero de 1992 (en adelante CEPPAr), que entró en vigor el 25 de mayo de 1995 y que, llamativamente, hasta finales de

2010 no ha iniciado España los trámites para su ratificación[231]. El nuevo convenio asume el contenido del precedente, desarrollando algunas de sus determinaciones; a las que se añaden prescripciones hasta entonces sólo presentes en documentos técnicos de *soft law*. En este sentido, la nueva Convención recibe un fuerte influjo de la Carta internacional para la gestión del Patrimonio Arqueológico (Carta de Lausanna) adoptada por el ICOMOS en 1990. Asimismo, incorpora determinaciones que ya previera el Convenio para la salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa de 1985 y subraya la necesidad de coordinar las políticas y actividades con incidencia territorial a fin de integrar la protección y valorización de los bienes arqueológicos en su diseño y ejecución.

El Convenio se inicia estableciendo como propósito la protección del Patrimonio Arqueológico "como fuente de la memoria colectiva europea y como instrumento para el estudio histórico y científico" (art. 1.1). En este sentido, contiene una definición evolucionada de su objeto que reconoce de manera explícita la inclusión de los contextos arqueológicos en su ámbito de protección (art. 1.2.i). El nuevo Convenio completa el régimen de las actividades arqueológicas expresando principios que orientan la preferencia por ciertas técnicas y contiene una mención explícita a la necesidad de control previo del uso de detectores de metales (art. 3). Asimismo, sienta como principio general la conservación *in situ* del Patrimonio Arqueológico, y, como excepción, la remoción de los restos de sus emplazamientos originales (art. 4). Los contenidos más

[231] A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 94.1 CE, Congreso y Senado prestaron su autorización el 2 de diciembre de 2010 y el 19 de enero de 2011, sin que, a la fecha de cierre de este trabajo, haya sido publicado.

relevantes se orientan a asegurar la conciliación de las exigencias de la arqueología y las demandas de desarrollo. Así, establece la necesidad de participación de los arqueólogos en el diseño de políticas de planificación y en las diversas fases de su ejecución (art. 5.i), en la modificación de planes de desarrollo (art. 5.ii.a) y en las evaluaciones de impacto ambiental (art. 5.iv). Asimismo prescribe que en los planes se realice una asignación suficiente de tiempo y recursos para el adecuado estudio científico del yacimiento y la publicación de los resultados (art. 5.iii.b). La Convención exige la adecuada financiación de las actividades de investigación y de conservación, particularmente en la arqueología de rescate (art. 6.ii.a); las previsiones de financiación deben cubrir desde los estudios de impacto de los planes, pasando por la realización de estudios y prospecciones preliminares, hasta alcanzar la completa publicación y registro de los hallazgos efectuados (art. 5.ii.b).

En el campo del *soft law*, además de la ya citada Recomendación de Nueva Delhi sobre los principios generales de aplicación a las excavaciones arqueológicas, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 1956, la Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas y privadas pueda poner en peligro, adoptada por la 41ª sesión plenaria, el 14 de noviembre de 1968, señaló la necesidad de efectuar excavaciones arqueológicas preliminares previas a toda nueva construcción en zonas históricas y cascos antiguos, la adquisición de espacios para la constitución de reservas arqueológicas o la suspensión de obras a raíz de la comunicación de hallazgos arqueológicos. Por su parte, el Consejo de Europa ha dictado la Recomendación 921 (1981) relativa a los detectores de metales y a la arqueología, adoptada por la asamblea parlamentaria

el 14 de mayo de 1981, que propuso la reglamentación del uso de estos dispositivos y sugirió un esfuerzo de pedagogía para desterrar la concepción popular de la arqueología como actividad de "búsqueda de tesoros". La Recomendación N. (89) 5, relativa a la protección y promoción del patrimonio arqueológico en el contexto de la ordenación urbanística y del territorio, adoptada el 13 de abril de 1989, que inspiraría la revisión de 1992 del Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico, planteó la necesidad de que los arqueólogos tengan una intensa participación en los procedimientos de formulación de planes y de evaluación de impacto, y sugirió la celebración de convenios entre empresas promotoras y arqueólogos y gestores en orden a la clarificación de las respectivas responsabilidades y obligaciones.

Finalmente, ha de destacarse la mencionada Carta internacional para la gestión del Patrimonio Arqueológico de 1990 (Carta de Lausanna), del ICOMOS, que contiene principios de alcance global dirigidos a los diversos agentes y sectores implicados en la gestión del Patrimonio Arqueológico. Destacan las prescripciones de orden técnico, en especial, la formulación del principio de preferencia por técnicas no destructivas frente a la excavación, de manera que se inflija al Patrimonio Arqueológico el "deterioro mínimo indispensable" para alcanzar los objetivos científicos o de conservación que se hubieran proyectado. La excavación, como última *ratio*, encuentra su ámbito de preferente utilización en sitios y yacimientos amenazados de destrucción física (art. 5). Asimismo, se señala la conservación *in situ* como objetivo fundamental de la conservación del Patrimonio Arqueológico (art. 6).

2.1.3. La normativa internacional para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático

Los bienes culturales sumergidos son bienes de carácter arqueológico, en la medida en que, como se verá, constituyen una fuente de información histórica y cultural que requiere de la aplicación de técnicas y métodos científico-arqueológicos para su obtención y análisis. Poseen, no obstante, una serie de características que los singularizan como objeto de regulación jurídica. En primer término, se trata de bienes frecuentemente situados en emplazamientos más allá de las jurisdicciones de los Estados, a diferencia del resto de bienes que integran el Patrimonio Cultural. En segundo lugar, el Patrimonio Subacuático marítimo está integrado mayoritariamente por pecios, restos de embarcaciones que se hundieron en el curso de travesías comerciales, lo que con frecuencia permite vincular los bienes con diversos territorios y Estados, en función del criterio que se tome en cuenta -origen de la carga, bandera del buque, destino-[232]. Estas particularidades, unidas al hecho de que el pecio pueda estar localizado en un área sometida a la jurisdicción de un tercer Estado propicia la aparición de conflictos que reclaman una regulación desde el Derecho Internacional. La necesidad de un tratado que aborde específicamente la protección del Patrimonio Subacuático se ha evidenciado especialmente con el gran desarrollo experimentado por las técnicas de exploración submarina, que ha convertido en accesibles y vulnerables un volumen excepcional de bienes culturales, hasta entonces sólo

[232] V. SMITH, D. H., y COUPER, A. D.: "The management of the underwater cultural heritage", *Journal of Cultural Heritage,* 4, 2003, págs. 30 y 31.

puntualmente afectados por actividades pesqueras o por la construcción de grandes infraestructuras submarinas.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CNUDM), hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982[233], es el fruto de los largos trabajos de la III Conferencia de las Naciones Unidas para intentar ofrecer soluciones a algunos problemas que quedaron irresueltos en los precedentes Convenios de Ginebra de 1958, así como para acoger algunas de las exigencias de los Estados subdesarrollados o en vías de desarrollo. Por esta razón presta especial atención al régimen de explotación y apropiación de los recursos naturales, minerales y pesqueros más allá del mar territorial. Pero es también el primer texto internacional de *hard law* que contiene disposiciones relativas al Patrimonio Arqueológico o Cultural sumergido, aunque éstas resultan escasas y poco clarificadoras. La CNUDM dedica dos artículos a "los objetos de carácter arqueológico e histórico". No ofrece una definición de éstos, sin embargo los trabajos preparatorios revelan que los conferenciantes manejaban básicamente un criterio de naturaleza cronológica, aunque finalmente no fuera explicitado[234].

---

[233] Ratificada por España por instrumento de 20 de diciembre de 1996.

[234] En este sentido, si se añadió el adjetivo "histórico" al inicial "arqueológico" fue por el temor de algunas delegaciones a que quedaran fuera del ámbito objetivo del precepto restos datables en la Edad Moderna. De triunfar esta interpretación, se trataría de una norma de muy modesto alcance en comparación con muchas legislaciones nacionales, que coinciden en marcar la frontera de la historicidad a los fines de tutela en los cien años de antigüedad; v. RONZITTI, N.: "Stato costiero, archeologia sottomarina e tutela del patrimonio storico sommerso", *Il diritto marittimo,* 1984, fasc. 1, págs. 9 y 10; y ALLAIN, J.: "Maritime wrecks: where the lex ferenda of Underwater Cultural Heritage collides with the lex data of the Law of the Sea Convention", *Virginia Journal of International Law, Summer 1998,* págs. 751-754. En cuanto a si buques de guerra o, más ampliamente, naves de Estado hundidas se incluyen en el concepto de "objetos de carácter arqueológico e

Una de las disposiciones se contiene en la regulación de la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos, es decir, el área situada más allá de toda jurisdicción estatal, al finalizar la plataforma continental o, en su caso, más allá de las doscientas millas desde la línea de costa que corresponden a la zona económica exclusiva[235]. La CNUDM dispone que todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la misma han de ser conservados o se dispondrá de ellos *en beneficio de toda la humanidad*, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico (art. 149 CNUDM). Sin embargo, la Convención no articula ningún mecanismo que permita dar eficacia a este principio, a diferencia de la gestión de los recursos naturales en la zona, considerados explícitamente "Patrimonio Común de la Humanidad" (art. 136), para los que se instituye una autoridad internacional[236].

Las restantes referencias se agrupan bajo la rúbrica "Objetos históricos y arqueológicos hallados en el mar" en el artículo 303. En

---

histórico", el problema no es tanto si estos restos pueden poseer interés arqueológico o histórico, lo que parece indudable, sino si la predicada regla de la inmunidad de estas naves se mantiene aún después del hundimiento y, en paralelo, si ha de entenderse subsistente la titularidad del Estado de bandera aún pasados muchos años del naufragio. Al respecto, v. AZNAR GÓMEZ, M. J.: *La protección internacional...,* cit., págs. 176-203.

[235] Para el caso de que el margen continental de un Estado ribereño se extienda más allá de las 200 millas náuticas, la CNUDM establece el límite máximo de 350 millas a la anchura de la plataforma (art. 76.6).

[236] Antecedente de esta afirmación es la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970. Sobre el problema de gestión de los restos arqueológicos e históricos de la Zona, v. J. ALLAIN "Maritime wrecks..." cit., págs. 762-763 y M. J. AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional...,* cit., págs. 134-141.

primer término, la Convención exige la protección de los objetos de esta naturaleza hallados en el mar y establece un deber de cooperación de los Estados a tal efecto (art. 303.1 CNUDM). En segundo lugar, habilita a los Estados para, al amparo de los poderes para la vigilancia aduanera y de protección de la salud pública que se reconocen en la "zona contigua" -área comprendida entre las doce y las veinticuatro millas desde la línea de costa-, fiscalizar el tráfico de objetos históricos y arqueológicos (art. 303.2 CNUDM), lo que ha permitido a los autores hablar del reconocimiento de una "zona arqueológica marina" respecto a la que se debate el alcance e intensidad de la potestades que otorga al Estado costero[237]. En tercer lugar, la Convención salva los derechos de los propietarios identificables y afirma que lo dispuesto "no afectará a las normas sobre salvamento u otras normas de derecho marítimo o a las leyes y prácticas de intercambios culturales" (art. 303.3 CNUDM), precisión que está en el origen de perturbadoras interferencias del régimen privatístico de los hallazgos y salvamentos marítimos en la aplicación de criterios técnicos adecuados a la gestión del Patrimonio Cultural Subacuático[238]. Por último, se prevé que se puedan concluir otros acuerdos internacionales para la protección de los objetos arqueológicos e históricos (art. 303.4 CNUDM), lo que abre la puerta a desarrollos más precisos en la materia.

La Convención no efectúa ninguna indicación relativa a los bienes localizados sobre la plataforma continental o en la zona económica exclusiva, dando lugar a una laguna normativa para el

---

[237] V. Capítulo II, epígrafe 3.2.5.1.

[238] V. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.4.1.

área que se extiende desde las veinticuatro millas en que concluye la zona contigua hasta las doscientas millas donde se inicia la zona internacional de los fondos marinos. Este silencio, unido a la exigüidad de las referencias normativas, determina que, en la práctica conforme a la CNUDM, pese a las pretensiones de las legislaciones nacionales[239], más allá de las doce millas de mar territorial y, eventualmente, de las veinticuatro millas de la zona contigua, los bienes culturales sumergidos queden a merced de cualquiera que tenga la capacidad técnica para llegar hasta ellos y extraerlos.

Tras la adopción de la CNUDM el debate jurídico sobre el Patrimonio Cultural subacuático ha enfrentado dos posturas radicalmente divergentes. De una parte, se hallan quienes defienden la aplicación a estos bienes del Derecho de los hallazgos y salvamentos marítimos, de carácter iusprivatista y fuerte arraigo en los países de tradición jurídica anglosajona, posiciones que encontraron un asidero argumental en la alusión a las normas sobre salvamento que efectúa el artículo 303.3 CNUDM. Frente a éstos, se encuentran quienes defienden la aplicación de un régimen público internacional a la investigación y gestión del Patrimonio Cultural sumergido, de acuerdo a estrictos criterios científicos, en beneficio de la humanidad y con participación de los Estados con vínculos históricos o culturales con los restos. Se iniciaron negociaciones en

[239] Es el caso de la propia LPHE que, en su art. 40.1, establece que integran también el Patrimonio Arqueológico español los bienes que se encuentren sobre la plataforma continental, v. Capítulo II, epígrafe 3.2.5. La CNUDM no ofrece respaldo normativo a estas prácticas nacionales, ya que sólo contempla la soberanía de los Estados ribereños sobre los recursos naturales de su lecho y subsuelo (art. 77 CNUDM).

diversos foros a fin de concluir tratados específicos. En el ámbito del Consejo de Europa, los intentos de elaborar una convención venían precedidos por la Recomendación 848 (1978) sobre el patrimonio cultural subacuático, de 4 de octubre, en la que se animaba a celebrar convenios bilaterales o regionales para la protección de estos bienes y se sugería la extensión de la jurisdicción nacional del Estado ribereño para su protección hasta las doscientas millas. En 1985 se formuló por un comité de expertos un primer proyecto de Convención que no llegó a ser aprobado en el Consejo de Ministros del Consejo por las profundas divergencias entre los Estados acerca del ejercicio de potestades de control y protección del Patrimonio Arqueológico más allá del mar territorial[240].

Será finalmente en el seno de la UNESCO donde fructifique, tras intensas negociaciones un tratado internacional que aborde específicamente la materia. El 2 de noviembre de 2001 se adopta en París, durante la 31.ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, la Convención para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (en adelante, CPPCS). Ratificada por España mediante instrumento de 25 de mayo de 2005, ha entrado en vigor el 2 de enero de 2009. Partiendo de la invitación que formula la Convención del Derecho del Mar para la conclusión de tratados que versen específicamente sobre la protección del Patrimonio Cultural subacuático[241], la Convención UNESCO del 2001 ofrece un régimen

---

[240] V. M.AZNAR GÓMEZ, *El patrimonio cultural subacuático,* cit., pág. 120.

[241]El documento base en los trabajos de la UNESCO fue el proyecto de Convención que elaboró la Asociación de Derecho Internacional (ILA) y remitió a aquella organización en 1994 por entenderla la instancia competente; un contraste de este proyecto con las determinaciones de la Convención de Montego Bay en ALLAIN, J.: "Maritime wrecks..." cit., *in toto*. No sería hasta 1997 cuando se

internacional público que pretende conciliar la necesaria protección de los bienes sumergidos frente a los buscadores de tesoros con el mantenimiento del precario equilibrio logrado en Montego Bay entre jurisdicción del Estado costero y libertad de navegación. De ahí que la Convención haya rehuido con carácter general la atribución de nuevas facultades al Estado costero –cuyo encaje con la CNUDM sería problemático- para formular un régimen de cooperación internacional en las aguas exteriores a la zona contigua – a partir de veinticuatro millas desde la línea de costa- basado en un sistema de informaciones y consultas internacionales con intervención de todos los Estados afectados. De esta forma se materializa en términos procedimentales y de gestión la utilización de este Patrimonio en beneficio de toda la humanidad.

Integran el Patrimonio Cultural Subacuático a los efectos de la Convención "todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico y arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante cien años" (art. 1.a CPPCS), definición en la que se insertan, si cumplen las notas citadas, los buques y aeronaves de Estado, sin perjuicio del peculiar estatuto de inmunidad que le conceden el Derecho Internacional y la práctica de los Estados (art. 1.8 CPPCS)[242]. Pese a que la definición del Patrimonio Cultural

---

decidiera, en la 29ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, iniciar los trabajos para la elaboración de una convención internacional específica sobre Patrimonio Subacuático, justificada en la vaguedad de las disposiciones de la CNUDM y la diversidad de las legislaciones y prácticas nacionales.

[242] Los buques y aeronaves de Estado se definen como aquéllos que en el momento de su hundimiento fueran utilizados únicamente para un servicio público no comercial y sean identificados como tales (art. 1.8 CPPCS). Sobre el régimen aplicable a los buques y aeronaves de Estado, v. S. TREVISANUT: "Le

Subacuático no integra ninguna referencia a los medios empleados para su estudio, la evidencia de que se trata de bienes arqueológicos se hace presente en el anexo de normas técnicas que recoge la Convención para la investigación, tratamiento y gestión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural Subacuático y que constituye una de sus principales aportaciones.

Otra de las novedades que aporta es la explícita exclusión de la explotación comercial del Patrimonio Cultural Subacuático que, señalada en el preámbulo como la principal preocupación de los Estados signatarios, se explicita entre los principios generales (art. 2.7 CPPCS) y en las normas relativas a las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural subacuático (Norma 2, primer párrafo). Esta determinación condiciona radicalmente la eventual aplicación del Derecho de los hallazgos y salvamentos marítimos (art. 4 CPPCS).

Partiendo de la prohibición de comercialización, la Convención UNESCO de 2001 distingue diversos regímenes que atienden a las diversas áreas y zonas que reconoce la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar. Sobre el mar territorial y aguas interiores se reconoce la soberanía del Estado costero para reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural, sin más limitaciones que la asunción de las normas de carácter técnico que el tratado incorpora en anexo como parte de su contenido prescriptivo (art. 7 CPPCS). En la zona contigua, la Convención deja a la facultad del Estado costero la reglamentación y

---

régime des épaves des navires d'Etat dans la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique", en VV. AA: *Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* cit., págs. 643-686.

autorización de las actividades sobre el Patrimonio Cultural, igualmente sujetas a las normas del anexo (art. 8 CPPCS), explicitando de este modo consecuencias no enteramente deducibles de la literalidad del artículo 303.3 CNUDM.

Para las áreas exteriores a la zona contigua se articula un sistema de información y consultas internacionales. Los Estados parte han de exigir a sus nacionales y buques de su pabellón que informen de todo descubrimiento o de la pretensión de realizar actividades dirigidas al Patrimonio Cultural sumergido que se produzca en su propia zona económica exclusiva o plataforma continental o en las de un tercer Estado; dicha información ha de transmitirse al Director General de la UNESCO y éste la pondrá a disposición de todos los Estados parte; a partir de ahí éstos pueden manifestar su interés en participar en las consultas que han de seguirse para asegurar la efectiva protección del Patrimonio Cultural, interés que ha de fundarse en la existencia de un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica con el patrimonio de que se trate (art. 9 CPPCS). El Estado costero actúa meramente como coordinador de las consultas en las que participan todos los Estados que hubieran manifestado su interés, aunque puede declinar la realización de estas funciones (art. 10.3 CPPCS). Al Estado coordinador compete además adoptar con carácter previo a las consultas las medidas que fueran necesarias para impedir un peligro inmediato para el Patrimonio Cultural subacuático (art. 10.4 CPPCS) y, una vez celebradas las consultas, poner en práctica las medidas adoptadas, expedir las autorizaciones necesarias –salvo que se acuerde que esta función sea desempeñada por otro Estado- así como efectuar las investigaciones preliminares que se requieran (art. 10.5 CPPCS). El Estado costero podrá, no obstante, prohibir o

autorizar autónomamente actividades que tengan por objeto el Patrimonio Cultural en la medida en que puedan afectar los derechos reconocidos por el Derecho del Mar, básicamente, respecto a los recursos naturales de su plataforma continental y zona económica exclusiva (art. 10.2 CPPCS). Pero, estrictamente, sobre los restos de carácter cultural depositados en aquéllas el Estado costero no tiene más preeminencia que ser al que, salvo renuncia, corresponde la coordinación de las consultas y eventualmente adoptar *motu proprio* las medidas urgentes que fueran oportunas para su protección. En cualquier caso, en el desarrollo de estas funciones de coordinación no actúa en interés propio sino en nombre de los Estados parte en su conjunto (art. 10.5 CPPCS).

El régimen previsto para la zona internacional de los fondos marinos es sustancialmente el mismo que hemos visto en la zona económica exclusiva y plataforma continental: los Estados parte han de exigir a sus nacionales y buques de su pabellón que informen sobre descubrimientos o actividades dirigidas al Patrimonio Cultural (art. 11 CPPCS); se celebran consultas con participación de los Estados que hayan declarado un vínculo verificable con el Patrimonio en cuestión y se ejecutan las medidas acordadas bajo la supervisión del Estado coordinador (art.12 CPPCS). Las principales diferencias son que en la zona internacional, por definición, no existe un Estado predeterminado por razones geográficas para coordinar las consultas, por lo que éste habrá de ser designado en el mismo procedimiento. Por esta razón cualquiera de los Estados parte está autorizado para adoptar, incluso con carácter previo a las consultas, las medidas que fueren necesarias para impedir un peligro inmediato al Patrimonio Cultural subacuático (art. 12.3 CPPCS).

Por último, la otra gran novedad de la Convención reside en incluir como contenido vinculante del tratado un anexo de normas técnicas que son de aplicación, no sólo a las actividades sujetas al régimen de información y consultas internacionales, sino, como hemos visto, también a las que se produzcan en las aguas interiores, mar territorial y zona contigua de los Estados signatarios. Las citadas normas garantizan el carácter científico de las actividades que se realizan sobre el Patrimonio Cultural subacuático pero toman en cuenta la especial vulnerabilidad de este tipo de restos, debido a la degradación que experimentan los materiales largamente sumergidos cuando son extraídos a la superficie. En este sentido, se afirma la conservación *in situ* como la opción prioritaria para la conservación de este patrimonio, las actividades sólo podrán autorizarse en la medida en que constituyan una "aportación significativa a la protección, el conocimiento o el realce de ese patrimonio" (Norma 1, primer párrafo), tales actividades no podrán perjudicarlo más de lo que sea necesario para lograr los objetivos del proyecto (Norma 3) y se preferirán las técnicas no destructivas frente a la extracción o recuperación de objetos que, en todo caso, deberán emplear los métodos menos dañinos posibles y contribuir a la conservación de los vestigios (Norma 4). Las normas imponen la presentación de un extenso y prolijo proyecto para que una actividad sea autorizada (Norma 10); por su parte, se requiere a las autoridades que toda autorización de un proyecto vaya precedida de una revisión por pares (Norma 9). Igualmente se refuerza la financiación del proyecto, que cubra todas las fases del mismo, pudiéndose exigir eventualmente la presentación de una garantía a los solicitantes (Normas 17 y 18). Alcanzan así naturaleza prescriptiva una serie de criterios que, procedentes en gran medida de la Carta internacional

para la protección y la gestión del Patrimonio Cultural Subacuático (Carta de Sofía) adoptada por el ICOMOS en 1996, quedaban hasta entonces en la esfera de la discrecionalidad administrativa.

3. EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO COMUNITARIO

3.1. La Cultura y el Patrimonio Cultural en el Derecho primario

Como reflejaba su propia denominación inicial, la Comunidad Europea ha tenido desde su origen un deliberado carácter económico. Conscientes de los fracasos para constituir una Unión Europea cosechados por otras iniciativas de perfil netamente político, la generación de intereses y vínculos comunes por la vía de las realizaciones económicas -la "solidaridad de hecho" de la declaración Schuman- constituía para los impulsores de la Comunidad la única alternativa viable. Si a esta circunstancia se une el hecho de que en el ámbito cultural ya venía operando en la escena regional europea una organización internacional de corte clásico –el Consejo de Europa-, se explica que el Tratado de Roma no contemplara la cultura entre las finalidades institucionales de la Comunidad Económica Europea. No obstante, los autores del tratado sí tuvieron presentes razones de cultura, específicamente relativas al Patrimonio Cultural, como excepción a algunas de sus determinaciones. Así, el actual artículo 36 TFUE (antiguo artículo 30 TCE) ha contemplado desde su origen la protección del patrimonio artístico, histórico y arqueológico nacional como justificación para la adopción por los Estados de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de mercancías[243].

[243] Este precepto, a su vez, trae causa del Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT) de 1947, cuyo artículo XX letra f) ya amparaba la adopción de medidas para la protección de tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico como excepciones justificadas al régimen general adoptado, siempre que no constituyan medios de discriminación arbitraria o

Posteriormente, la reforma operada por el Tratado de Maastricht amplió el elenco de ayudas de los Estados que se declaran compatibles con el mercado común añadiendo las destinadas a promover la conservación del patrimonio, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común (vigente art. 107.3.d) TFUE, antiguo art. 87. 3. d) TCE). Pero la relevancia de la reforma operada en 1992 reside en haber introducido explícitamente la cultura entre los ámbitos de actuación de la Comunidad, en coherencia con la apertura a contenidos no estrictamente económicos, de naturaleza política, que caracteriza la creación de la Unión Europea[244]. De este modo, entre las acciones que podía emprender la Comunidad para alcanzar sus fines se añadió "una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al *desarrollo de las culturas de los Estados miembros*" (art. 3.p TCE, en la redacción dada por el Tratado de 7 de febrero de 1992, posteriormente art. 3.1.q) TCE). Esta primera referencia genérica se desarrolló en la Parte III del Tratado, Políticas de la Comunidad, en la que se introdujo un nuevo Título IX (posteriormente Título XII y actual Título XIII TFUE) bajo la rúbrica "Cultura", compuesto del artículo 128 TCE (posterior art. 151 TCE y actual 167 TFUE). La acción de la Comunidad, hoy Unión, persigue en paralelo contribuir al florecimiento de las culturas de los Estados

injustificada entre Estados en los que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional. Sobre el alcance y la interpretación del artículo 30 TCE, v. J. M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de los bienes culturales,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 333-360.

[244] Con anterioridad, diversas resoluciones del Parlamento Europeo, declaraciones de Consejos europeos y comunicaciones de la Comisión abogaban por una acción comunitaria en materia de cultura, aunque no tenían más que un carácter testimonial por carecer de respaldo explícito en el Derecho primario; v. J. M. MAGÁN PERALES, ob. cit., págs. 314-326.

miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, y poner de relieve el patrimonio cultural común. Con esta declaración, que conecta con otras alusiones a la diversidad cultural presentes en el Tratado[245], se despejan posibles sospechas de que una acción comunitaria en materia cultural pueda derivar en la preeminencia de una cultura diseñada desde las instancias europeas, de signo uniformizador. En este mismo sentido, el artículo 128.4 TCE (posteriormente, art. 151.4 TCE, y actual art. 167.4 TFUE) obliga a la Comunidad a tener en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas. En cuanto a la política específicamente cultural, la acción de la Comunidad se restringe a favorecer la cooperación con los Estados y, si fuera necesario, apoyar y completar la acción de éstos, lo que confiere un carácter secundario a su intervención. El artículo 128.2 TCE (posterior art. 151.2 TCE y actual art. 167.2) enuncia los ámbitos de esta intervención, entre los que se encuentra la *conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea*. No obstante, el tipo de acciones autorizadas se limita a medidas de fomento con exclusión de toda armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, acordadas en virtud del procedimiento de codecisión y recomendaciones a propuesta de la Comisión, acciones ambas que requerían para su adopción la unanimidad de los miembros del Consejo. Todo este conjunto de condicionamientos explica que la inclusión de la cultura en el

[245] El artículo 126.1 TCE (actual 165 TFUE) según la redacción dada por el Tratado de Maastricht, alude al respecto a la diversidad cultural y lingüística en toda acción de la Comunidad en materia de educación apoyando y complementando la acción de los Estados miembros.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea no cristalizara en una política cultural verdaderamente significativa[246].

El Tratado de Lisboa refuerza las referencias a la cultura con una alusión en el núcleo de la parte "dogmática" del tratado. Así, el artículo 3 del nuevo Tratado de la Unión Europea, que recoge las finalidades y misiones esenciales de la Unión, reitera la exigencia de equilibrio entre diversidad y unidad cultural en la acción de las instituciones europeas y dispone que la Unión "respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del *patrimonio cultural europeo*". Por su parte, el nuevo Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea cita la cultura entre las materias en las que la Unión tiene competencias de apoyo, coordinación o complemento de los Estados miembros (art. 6.c TFUE).

Esta mayor visibilidad de la cultura en las disposiciones introductorias de los tratados no se traduce, sin embargo, en una revisión del título dedicado a la política cultural, de modo que el vigente artículo 167 TFUE reproduce el tenor de sus antecedentes (art. 128 TCE y posterior 151), si bien suprime la exigencia de unanimidad en el Consejo para la adopción de las modestas acciones que permite el tratado.

---

[246] V. un análisis pormenorizado de este título en M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura*…cit., págs. 158-170; J. PRIETO DE PEDRO, "Identidad europea y Tratado de Mastrique. Por un proyecto europeo más cultural", en VV. AA., *Una nueva política social y económica para Europa,* Ed. Sistema, Madrid 1997, págs. 479-481, y J. M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita*… cit., págs. 389-399.

3.**2. El Patrimonio Cultural en el Derecho derivado**

La normativa comunitaria de mayor incidencia sobre el Patrimonio Cultural es resultado del ejercicio de títulos distintos a la competencia cultural. En este sentido, las disposiciones más significativas han obedecido a la necesidad de contrarrestar las consecuencias sobre los bienes culturales derivadas de la efectiva implantación del mercado único, a partir de 1993 en virtud del Acta Única Europea[247]. Ya se indicó que el originario artículo 36 TCE (actual artículo 36 TFUE) permitía a los Estados establecer restricciones cuantitativas a la importación o exportación de mercancías fundadas en la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. Sin embargo esta facultad quedaba en la práctica en papel mojado con la eliminación de controles en las fronteras interiores. De ahí que se hiciera necesaria la previsión de instrumentos por el Derecho comunitario para paliar las consecuencias negativas del mercado único sobre la integridad de los distintos patrimonios nacionales y, en última instancia, de la propia Europa[248]. A tal fin, se adoptan el Reglamento (CEE) núm. 3911/1992, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales[249], desarrollado por el Reglamento

---

[247] De estas consecuencias eran conscientes los propios firmantes del Acta Única al incorporar a ésta dos declaraciones, una subrayando la vigencia del derecho de los Estados para la adopción de medidas de control sobre el trafico de obras de arte y antigüedades, entre otras materias, y la otra instando a la cooperación interestatal en este campo. Sobre las implicaciones del Acta Única Europea, v. J. M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita…,* cit., págs. 360-380.

[248] V. sobre las negociaciones previas y las diversas alternativas de regulación que se barajaron, L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio…*cit., págs. 78-89 y J. M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita…*, cit., págs. 405-419.

[249] DOCE L 395, de 31 de diciembre de 1992.

752/93, de la Comisión, de 30 de marzo de 1993[250], y la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro[251], traspuesta al Derecho español por Ley 36/1994, de 23 de diciembre[252]. Estas disposiciones, sobre las que volveremos más extensamente a continuación, constituyen instrumentos normativos complementarios, ya que, de una parte, se establece un control del tráfico de bienes culturales hacia terceros países mediante la implantación de una autorización de exportación con validez en cualquier Estado de la Comunidad y, de otra parte, se provee de un mecanismo de restitución interno para que retornen al Estado de origen los bienes culturales que hubieran salido de su territorio con infracción de las restricciones a la exportación que hubiera podido establecer al amparo del vigente artículo 36 TFUE.

No existen, por el momento, otras disposiciones que concreten la acción de la Comunidad en orden a "la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea". Aunque es probable que esta situación varíe en los próximos tiempos. Los últimos tropiezos sufridos en el proceso de construcción política europea han evidenciado la necesidad de estimular un sentimiento identitario europeo en torno a las ideas de una historia y una cultura

---

[250] DOCE L 77, de 31 de marzo de 1993.

[251] DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993.

[252] Un estudio exhaustivo de estas disposiciones L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio…* cit., págs. 91- 155; J.M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita…* cit., págs. 419-501.

compartidas[253]. De ahí que, aún dentro de las limitadas posibilidades que ofrece el vigente artículo 167 TFUE, las instituciones europeas empiecen a concretar propuestas que permitan subrayar la significación europea del Patrimonio Cultural de los distintos Estados. En esta línea se inscriben la resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril de 2008[254] y las conclusiones adoptadas por el Consejo de Educación, Juventud y Cultura de 20 de noviembre de 2008, en orden a la creación de un "Sello del Patrimonio Europeo"[255], que han fructificado en la propuesta de decisión de la Comisión Europea de 9 de marzo de 2010 para su adopción por el Parlamento y el Consejo por el procedimiento de codecisión[256]. Se trata de una iniciativa de participación voluntaria para los Estados que, aunque inspirada en el modelo de la lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO, toma como criterio esencial para la concesión del sello que los bienes reconocidos hayan jugado un papel clave en la historia de la Unión Europea y posean un valor simbólico para la integración, más allá de consideraciones de estéticas o arquitectónicas. La

---

[253] Sobre la función integradora de la cultura y su mayor eficacia respecto a la integración de intereses en el plano económico, v. las reflexiones de J.PRIETO DE PEDRO, quien subraya la necesidad, para articular una auténtica comunidad, de contar con "un universo simbólico expresivo propio", en "Identidad europea y Tratado de Mastrique…", cit, págs. 482-485.

[254] 2007/2211 (INI).

[255] *Council conclusions on the creation of a European heritage label by the European Union* v. DOUE C 319, de 13 de diciembre de 2008

[256] Propuesta de decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece una acción de la Unión Europea relativa al Sello de Patrimonio Europeo, Bruselas 9.3.2010 COM (2010)76 final (puede consultarse en http://ec.europa.eu/culture/our-programmes-and-actions/doc/label/EHL%20decision_ES.pdf_). El pasado 19 de mayo de 2011 se ha alcanzado un acuerdo de los ministros de cultura en el Consejo que conducirá en los próximos meses a la adopción oficial de una decisión, según nota de prensa publicada en en http://ec.europa.eu/culture/news/news3267_en.htm.

obtención del sello para un determinado bien cultural implicaría para las autoridades nacionales el deber de promover la dimensión europea del bien -su papel en la historia europea, en la evolución de las corrientes culturales, artísticas, etc. a escala continental, su vínculo a personajes o acontecimientos ligados a la construcción europea- así como el cumplimiento de determinadas prácticas de gestión.

3.2.1. El control de las exportaciones de bienes culturales a terceros países

Como se ha avanzado, el Reglamento (CEE) núm. 3911/1992, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, cumple la función de establecer un control comunitario en las fronteras exteriores que mitigue la supresión de las aduanas interiores y las consecuentes dificultades prácticas que encuentran los Estados para hacer efectivas las limitaciones a la exportación de bienes por razón de la protección del patrimonio cultural que hubieran establecido al amparo del artículo 36 TFUE. En este sentido, debe subrayarse que el Reglamento diseña un control de la exportación a terceros países sobre la base de un listado común de bienes cuya exportación está sujeta a autorización en todo el territorio comunitario, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan prever mayores restricciones sobre la base del artículo 36 TFUE, como reconoce el propio Reglamento (art. 1). Es decir, éste no desplaza en este punto a la legislación nacional que pudiera ser más protectora. Ahora bien, como veremos al ocuparnos de la directiva de restitución, el Derecho comunitario no garantiza la eficacia de disposiciones nacionales más restrictivas en el supuesto de que el bien hubiera abandonado ya su

país de origen y se pretendiera la exportación fuera del espacio europeo desde un segundo Estado comunitario con un régimen más liberal en materia de exportaciones.

Pese a todo, el Reglamento asegura un control mínimo de determinada tipología de bienes a nivel comunitario que se impondría a aquéllos Estados con estándares de protección inferiores en este punto. En este sentido, se ha subrayado que, aunque el Reglamento invoque como fundamento competencial la política comercial común, que incluye la exportación (contenida a la fecha de adopción del Reglamento en el artículo 113 TCE), hace explícito un posicionamiento de la Comunidad respecto a qué se entiende por Patrimonio Cultural común europeo cuyo tráfico ha de ser necesariamente controlado, anticipando la asunción de competencias en este sector que incorpora el Tratado de Maastricht[257].

Los bienes que han de sujetarse a autorización se describen en el anexo del Reglamento combinando un criterio material, por referencia a su tipología y a los valores culturales que incorporan, con un criterio económico, al establecer una serie de umbrales en el valor económico de los distintos tipos de bienes a partir de los cuales su salida se sujeta a control administrativo. De esta regla general se excepcionan los objetos arqueológicos de más de cien años de antigüedad, ya provengan de excavaciones y descubrimientos terrestres y subacuáticos, de emplazamientos o de colecciones arqueológicas (anexo, A.1) que, con independencia del valor

[257] V. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio…* cit., pág. 118.

comercial que posean, están en todo caso sujetos a la autorización[258]. No obstante, los Estados pueden decidir que queden exentos de autorización si tienen escaso valor arqueológico y científico[259], su presencia en el mercado no infringe la normativa aplicable y, sobre todo, no provienen de hallazgos, descubrimientos o yacimientos ubicados en un Estado miembro (art.2.2, segundo párrafo).

Es competente para autorizar la exportación el Estado en el que se encuentre el bien *legal y definitivamente* desde el 1 de enero de 1993, es decir, el Estado donde permaneciera el bien desde su origen. También es competente el Estado al que el bien hubiera sido *expedido de manera lícita y definitiva*[260] desde otro Estado miembro, el Estado al que hubiera sido importado desde un tercer Estado o reimportado previa exportación lícita desde la Comunidad (art.2.2). Por tanto, la licitud de la salida del bien de su país de origen es presupuesto para que un Estado diverso pueda, en su caso, autorizar la exportación. No obstante, con independencia de que se cumpla este requisito, el Estado que materialmente reciba la solicitud de autorización por

---

[258] También se sujetan en todo caso los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos, históricos y religiosos, de más de cien años de antigüedad (Anexo A.2); los incunables y manuscritos, incluidos los mapas geográficos y las partituras musicales, sueltos o en colecciones (Anexo A.8) y los archivos de todo tipo, cualquiera que sea su soporte, que incluyan elementos de más de cincuenta años de antigüedad (Anexo A.11).

[259] Esta matización fue incluida en el texto final por presiones de Gran Bretaña y produjo fuertes reacciones, en particular, de los Estados más ricos en Patrimonio Arqueológico; v. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio*…, cit., pág. 129.

[260] Como apunta L. MARTÍN REBOLLO los principales problemas que plantea este precepto derivan de la interpretación del término "definitivo" aplicado a la expedición cuando el propio Reglamento no aporta un criterio temporal o de otro tipo para entender cumplida esta condición de la que depende que un Estado distinto al de origen autorice la exportación al exterior, v. *El comercio*…, cit., págs. 122-124.

parte del particular, cumple una importante función secundaria: advertir al Estado de origen de la presencia ilícita –o presuntamente ilícita- del bien cultural en su territorio, a fin de que pueda ejercer, dado el caso, la acción de restitución que prevé la Directiva (art. 2.2 último párrafo).

En cuanto a las razones para la autorización o denegación, el Reglamento sólo prevé que la denegación deba fundarse en que se trate de bienes amparados por la legislación protectora del patrimonio cultural del Estado que tramita la autorización (art. 2.2 tercer párrafo). La unificación comunitaria alcanza, por tanto, a sujetar un conjunto mínimo de bienes a control administrativo, pero no a especificar un criterio común de protección.

La autorización concedida es válida para todo el territorio de la Comunidad, por lo que los bienes así autorizados podrán salir desde cualquier frontera europea (art. 3). El Reglamento 752/93, de la Comisión, de 30 de marzo de 1993, que desarrolla el Reglamento 3911/1992, prevé que la autorización tenga una validez de doce meses desde su expedición (art. 9).

Como se ha indicado, el Reglamento 3911/1992 no priva a los Estados de su facultad para establecer mayores restricciones a la exportación de bienes culturales en virtud del artículo 36 TFUE. Confirma esta idea el hecho de que en caso de "exportación directa", es decir, la que se produce desde un Estado miembro al exterior, sin tránsito al territorio de otro Estado miembro, la exportación de bienes no contemplados en el anexo quede enteramente sometida a la legislación nacional, que podrá lícitamente declararlos inexportables o sujetar su salida a autorización administrativa (art. 2.4).

3.2.2. La restitución intracomunitaria de bienes ilícitamente exportados

Complementa el Reglamento 3911/1992, la Directiva 1993/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro.

En primer término, se ha de subrayar que la Directiva no permite la restitución de cualquier bien cultural que hubiera salido ilícitamente de un Estado miembro. Un efecto de estas características hubiera requerido que la Directiva impusiera el reconocimiento recíproco de las legislaciones nacionales en toda su extensión, medida que elude "para facilitar la cooperación" según se expresa en el Preámbulo, si bien señala que ese es el objetivo hacia el que desea avanzar en futuros desarrollos normativos. Por el contrario, la Directiva ciñe la restitución al marco constituido por el elenco de bienes que enumera el anexo, sustancialmente coincidente con los que figura en el Reglamento 3911/1992 salvo algunas diferencias de detalle[261]. En este sentido, la Directiva considera "bien cultural" aquel bien que, estando contemplado en el anexo, estuviera a su vez "clasificado" como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, con arreglo a la legislación o procedimientos

[261] La tipología de bienes del anexo ha sido ligeramente modificada por la Directiva 1996/100/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997 (DO L 60, 1 marzo 1997). Por su parte, la Directiva 2001/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de junio de 2001 (DO L 187, de 10 julio 2001) modifica los valores de conversión tomados como referencia para adaptarlos a la unión económica y monetaria.

administrativos nacionales, al amparo del artículo 36 TCE (actual 36 TFUE) (art.1.1). La Directiva, por tanto, permite dotar de eficacia extraterritorial a las legislaciones nacionales en la medida en que los bienes amparados estén contemplados en su anexo. Se excepcionan de este requisito los bienes que estuvieran incluidos en colecciones que figuren en los inventarios de museos, archivos y bibliotecas de entidades públicas y los que figuren en inventarios de instituciones eclesiásticas, que serán restituibles en todo caso. En este sentido, los objetos arqueológicos procedentes de excavaciones ilícitas quedarían fuera del paraguas de la directiva por esta vía ya que no integrarían propiamente colecciones públicas[262]. La única posibilidad para que puedan restituirse sería que fueran posteriormente objeto de clasificación como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, ya que la Directiva no exige que el bien haya sido clasificado como tal antes de que se produjera su salida ilegal. Se entiende que bastaría que tuviera tal carácter al momento en que se ejerce la acción de restitución. A su vez, la Directiva es favorable a que la restitución opere en un ámbito objetivo más amplio y permite que los Estados hagan extensiva a obligación de restitución a categorías de bienes no contempladas en el anexo (art. 14.1)

Condición para la restitución es que se haya producido una salida ilegal del territorio de un Estado miembro, ya sea como consecuencia de un robo o de la infracción de las normas internas o comunitarias que regulan o limitan la exportación de bienes culturales. La Directiva asimila a la salida ilícita la falta de devolución una vez agotado el plazo de una expedición temporal o

---

[262] V. J.M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales,* cit., pág. 465.

por incumplimiento de algunas de las condiciones que fueran impuestas (art. 1.2).

Temporalmente la restitución se limita a los bienes cuya salida ilegal se hubiera producido desde el 1 de enero de 1993 (art. 13), aunque los Estados pueden decidir extenderla a las reclamaciones de bienes expedidos con anterioridad (art. 14.2).

Presupuesto fáctico para que pueda operar la restitución es una estrecha cooperación interadministrativa entre los Estados miembros. En tal sentido, la Directiva sienta una serie de deberes de información, de *motu proprio* o a requerimiento del Estado de procedencia, así como otros deberes de asistencia en orden a garantizar la conservación del bien cultural en cuestión y a evitar que se eluda la restitución (art. 4). Ésta es el resultado del ejercicio de una acción que el Estado de origen (Estado requirente) plantea ante los tribunales del Estado donde se encuentre ilícitamente el bien (Estado requerido) contra el poseedor o tenedor del bien, cuya demanda deberá acompañar de los documentos y certificados que acrediten que se trata de un bien cultural en los términos que la Directiva señala así como que salió ilegalmente del territorio del Estado requirente (art. 5).

El ejercicio de la acción está sometido a un plazo de un año desde que el Estado requirente tuviera noticia de la ubicación del bien y de la identidad del poseedor o tenedor del mismo, dentro de un plazo general del treinta años desde que se produjo la expedición ilícita (plazo de prescripción absoluta). No obstante, la Directiva permite que ese plazo se amplíe para los bienes culturales procedentes de colecciones públicas o registrados en inventarios eclesiásticos. En concreto, el tenor literal de la Directiva establece

> "[…] No obstante, en el caso de bienes pertenecientes a colecciones públicas mencionadas en el punto 1 del artículo 1, y de bienes eclesiásticos *en* aquellos Estados miembros donde estén sometidos a un régimen especial de protección según la ley nacional, la acción de restitución prescribirá en un plazo de 75 años, excepto *en los Estados miembros donde la acción sea imprescriptible* o en el marco de acuerdos bilaterales entre Estados miembros en los que se establezca otro plazo superior a 75 años" (art. 7.1, segundo párrafo, *in fine*)

La redacción de este inciso plantea la duda de si la imprescriptibilidad de la acción depende de que tenga tal carácter en la legislación del Estado requirente (origen) o en la del Estado requerido (destino del bien expedido ilícitamente). Teniendo en cuenta que la directiva se dirige a los Estados para que regulen esta acción en su legislación procesal, parece lógico pensar que es la normativa del lugar donde ha de ejercerse la que determina que la acción tenga o no carácter imprescriptible. Guardaría así coherencia con el hecho de que la otra vía apuntada para ampliar el plazo de 75 años sea la conclusión de un acuerdo entre dos Estados miembros, ya que, de ser el Estado de origen el que condicionara con su legislación el plazo para ejercitar la acción de restitución en otro Estado no sería necesario alcanzar los acuerdos bilaterales a que se refiere la directiva: bastaría con hacer valer ante los tribunales del otro Estado la existencia de ese régimen jurídico en el territorio del Estado accionante[263]. Por el contrario, en defecto de la reciprocidad que

[263] Esta es la interpretación que sostiene L. MARTÍN REBOLLO a propósito de la ley española que traspone la directiva, Ley 36/1994, de 23 de diciembre. Expone que, para beneficiarse de la imprescriptibilidad de la acción, no prevista en la legislación del Estado en que se demanda, la acción debería acompañarse de una

manifiesta un convenio, la asunción de un plazo superior sólo puede ser fruto de la decisión soberana del Estado donde se ha de plantear la demanda.

En caso de que se ordene la restitución, el tribunal acordará una indemnización al poseedor "que considere equitativa a tenor de las circunstancias", siempre que se tenga el convencimiento de que actuó "con la diligencia debida al momento de la adquisición" (art. 9.1). El abono de esta indemnización así como de todos los gastos que se hubieran generado durante la conservación o con ocasión de las medidas cautelares adoptadas corren a cargo del Estado requirente, sin perjuicio de que pueda exigir el reembolso a los responsables de la salida ilícita del bien (arts. 9 a 11).

Por último, debe señalarse que la presente Directiva desplaza la aplicación del Convenio UNIDROIT de 1995 sobre Bienes

---

certificación que acredite que la acción es imprescriptible en la legislación del Estado requirente; v. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio…* cit., pág. 114. Efectivamente, la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, por la que se traspone la Directiva, copia tal cual la dicción de ésta en este punto: el plazo para bienes de colecciones públicas y eclesiásticos es de setenta y cinco años, "salvo en aquellos Estados miembros donde la acción sea imprescriptible o que hubiesen establecido, en el marco de convenios bilaterales, un plazo superior" (art. 6.1), lo que podría interpretarse como una asunción por el legislador español de los efectos atribuidos a la acción en los ordenamientos de otros Estados. Lógicamente esos Estados miembros a que alude la ley serían los potenciales demandantes. En cualquier caso, resulta difícil extraer conclusiones del texto de la Ley, a la vista de las lecturas erróneas que efectúa de determinados aspectos de la Directiva. Por ejemplo, respecto a la acreditación del requisito de la salida ilícita del bien, la Ley 36/1994 establece que "[e]n el caso de una salida ilegal desde su inicio, la precedente declaración [relativa la ilicitud de la expedición] *deberá precisar si la salida del bien cultural de su territorio es ilegal por infracción de la legislación en materia de Patrimonio Histórico Español*, o de las disposiciones del Reglamento de la CEE 3911/1992" (art. 7.1.b). Lógicamente, si se regula una acción cuyo objetivo es restituir a otro Estado los bienes que salieron ilícitamente de su territorio no es la legislación española en materia de Patrimonio Histórico aquella cuya infracción se ha de acreditar, sino la del Estado que reclama.

Culturales robados o exportados ilegalmente en el territorio de la Unión Europea[264].

[264] Así España, al adherirse a la Convención UNIDROIT mediante instrumento de 9 de mayo de 2002, señala que de conformidad con la posibilidad de efectuar reservas que contempla el propio tratado en su art. 13.3, indica que no será aplicable entre las partes contratantes miembros de la Unión Europea en aquellos ámbitos en que coincidan la convención y la normativa comunitaria.

II. CONCEPTO Y FUNCIONALIDAD DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

El Patrimonio Arqueológico, como realidad objetiva sobre la que se proyecta un especial régimen jurídico, se integra por los bienes dotados de *interés arqueológico.* A diferencia de otras especificaciones del interés cultural enumeradas como criterios para identificar bienes integrantes del Patrimonio, el interés arqueológico es el único que ha sido definido en la LPHE y, siguiendo su estela, en la legislación autonómica. Son bienes de interés arqueológico los "*susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica*" (art. 40 LPHE). La idea generalmente admitida de que la identificación de los bienes que integran el Patrimonio Cultural es el resultado de la proyección de juicio técnico o experto metajurídico que constata la presencia de un interés de orden cultural[265], resulta especialmente reforzada en el campo de los bienes arqueológicos con la expresa alusión a una metodología, al modo de proceder de una disciplina académica, que cualifica unos bienes al proyectarse sobre éstos.

La positivación de la metodología arqueológica como criterio identificativo no es sino el resultado de la evolución de la Arqueología desde los primitivos estudios anticuaristas hasta su vigente consideración como ciencia social y humanística. Por esta razón, la comprensión del concepto normativo actual de Patrimonio Arqueológico requiere, como paso previo, una aproximación sintética al origen y evolución de la disciplina arqueológica. Tras ello, se indagará por el reflejo que han encontrado en los antecedentes

---

[265] A título ejemplificativo, v. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...,* cit., págs. 255-257, M. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico...*, cit., pág. 42.

normativos de la legislación cultural española las notas que han configurado históricamente a la Arqueología a través de los cambios experimentados en el ámbito material considerado por el legislador.

1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA DISCIPLINA ARQUEOLÓGICA

La Arqueología es la ciencia que estudia el pasado del hombre a partir del análisis e interpretación de los restos materiales[266]. El interés por la producción material del pasado ha constituido un elemento constante en el devenir histórico de la Arqueología, pese a lo cual la disciplina contemporánea difiere notablemente de los estudios anticuarios que constituyeron su germen, e incluso de las primeras formulaciones de la Arqueología moderna. Desde el siglo XVIII a nuestros días ha variado su objeto de estudio, que se ha ampliado extraordinariamente; han evolucionado las técnicas empleadas, ganando en complejidad y en interdisciplinariedad, en particular, a partir de los aportes de las ciencias naturales; y, finalmente, se ha modificado la consideración epistemológica de la Arqueología, al superar el papel de disciplina auxiliar de la Historia para aproximarse, en su mirada global sobre el hombre a la Antropología, y situarse hoy a medio camino entre la ciencia y la disciplina humanística.

---

[266] V. por todos, M. A. QUEROL y B. MARTÍNEZ DÍAZ, *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España,* Ed. Alianza, 1996, pág. 33. La producción de objetos y artefactos y la capacidad para alterar intensamente el entorno en el que habita constituye una cualidad específicamente humana, v. J. BALLART, *El Patrimonio Histórico y Arqueológico: valor y uso,* Ed. Ariel, 1ª. ed., Barcelona, 1997, págs. 14-15.

Se expone, a continuación, una síntesis del avatar histórico de la Arqueología, en la que se va a prestar una especial atención a los bienes sobre los que se ha proyectado, la diversidad de actividades en que se ha plasmado el cultivo de esta disciplina y el entorno institucional en que se ha desarrollado, al ser los elementos que, de manera primordial, han condicionado el diseño del régimen jurídico.

3.1. Los estudios anticuaristas en el origen de la Arqueología

El Renacimiento alumbró el interés por la recuperación de restos materiales del pasado del hombre, aunque dicho interés se ciñera a una porción muy concreta de dicho pasado. El humanismo renacentista "redescubrió" la Antigüedad clásica greco-romana, con la que quiso tender directamente puentes que superaran las doctrinas y esquemas del pasado medieval más inmediato. En aquellas primeras excavaciones, que apenas pueden considerarse antecedentes de las modernas excavaciones sistemáticas, no interesaban, sin embargo, todos los restos que procedieran de época clásica ya que la recuperación de objetos y estructuras antiguas no perseguía la obtención de información en orden a la reconstrucción o recreación de ese período histórico. El interés por los objetos y restos antiguos poseía un carácter esencialmente formal, centrado en los bienes de naturaleza artística, en cuanto que proporcionaban modelos o referentes estéticos, cánones clásicos que debían inspirar las producciones artísticas del Renacimiento[267]. Contribuyó igualmente a la proliferación de las excavaciones la difusión del

[267] V. J. BALLART, ob. cit., pág. 145.

coleccionismo entre aristócratas, clérigos y eruditos, actividad que en su origen poseía un carácter individual y no respondía a ningún criterio objetivo de ordenación sistemática, no iba más allá de satisfacer las personales aficiones u obsesiones del coleccionista[268]. Los objetos y estructuras, por tanto, interesaban por su valor artístico o por su singularidad o rareza, de forma aislada o, dado el caso, para su integración en una colección articulada en torno a un criterio organizativo enteramente personal. La extracción de los bienes no atendía a otra finalidad más que procurar, en la medida de lo posible, la recuperación íntegra de los objetos o restos. No existía el concepto de yacimiento ni conciencia del efecto destructivo o expoliador de información histórica que comportaban las actividades extractivas.

Durante los siglos XVII y XVIII pervivió el interés puramente formal o estético como uno de los principales motores de la búsqueda de antigüedades. De modo similar a lo acontecido en el Renacimiento, también el siglo XVIII asistiría a una curiosa interacción entre las nuevas corrientes artísticas, surgidas por reacción al Barroco, y la búsqueda de antigüedades. De una parte, los descubrimientos de Herculano (1738) y Pompeya (1748) - el gran acontecimiento arqueológico del siglo y uno de los mayores hitos en la historia de la Arqueología - determinaron un retorno a la estética clásica en las Bellas Artes, cristalizando en el Neoclasicismo, que será el estilo patrocinado por la Ilustración. A su vez, las monarquías

[268] Sobre el peso del coleccionismo individual en el origen de los primeros planteamientos conservacionistas, véase J. BALLART, ob. cit., págs. 131-139. Sobre los antecedentes de las colecciones reunidas por Carlos V y Felipe II, así como por miembros de la nobleza de la época, v. *passim* M. MORÁN y F. CHECA, *El coleccionismo en España*, Ed. Cátedra, Madrid, 1985.

absolutas europeas recurrirían al pasado grecorromano para adoptar modelos iconográficos que simbolizaran su propio poder[269].

Pese a esta constante, la Ilustración marcará un cambio sustancial en la consideración de los objetos y restos del pasado del hombre, que comienzan a ser apreciados como fuente para el conocimiento histórico. En el origen de este renovado interés por el legado material del hombre se encuentra la influencia del empirismo y el valor dado a la experiencia y la observación para la construcción del conocimiento[270]; igualmente se sitúa en la Ilustración la toma de conciencia sobre la historicidad del hombre y la formulación de una idea de la historia vinculada a la noción de progreso de la humanidad[271]. En este sentido, triunfan en el siglo XVIII nuevas corrientes historiográficas, nacidas en el XVII, que pretenden una reconstrucción de la historia despojada de los mitos y hazañas mágico-religiosas que poblaban los antiguos cronicones. Frente a éstos, se propugnará el estudio riguroso de las fuentes originales. En un primer momento el interés se focalizaba en la investigación de documentos y archivos para extenderse posteriormente a los vestigios materiales del pasado; en línea con los nuevos intereses se

---

[269] La dinastía borbónica, recién instaurada en España tras la traumática Guerra de Sucesión, ejemplificó el recurso a la iconografía clásica con fines políticos; v. M. DÍAZ-ANDREU y G. MORA, "Arqueología y política: el desarrollo de la arqueología española en su contexto histórico", *Trabajos de Prehistoria,* 52, núm.1, 1995, pág. 26. Genéricamente,v. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, sobre la legitimación del poder y el afianzamiento de éste mediante la propaganda política como uno de los fines a los que desde la Antigüedad ha servido el Arte, "Presupuestos jurídico-constitucionales de la Legislación sobre Patrimonio Histórico", *Revista de Derecho Político,* núm. 27-28, 1988, págs. 183-184.

[270] V. J. BALLART, ob. cit., pág. 107.

[271] V. J. BALLART, ob. cit., pág. 171.

impulsa la realización de viajes documentales y la excavación de yacimientos singulares[272].

Aunque desde finales del siglo XVII consta el uso del término "Arqueología" en un sentido muy próximo al moderno[273], la noción de "antigüedad" continuaba impregnando el estudio de los restos materiales. El carácter auxiliar de esta disciplina emergente respecto de la historia quedaba patente en el escaso interés por el análisis del legado material de épocas de las que ya abundaban documentos y testimonios escritos[274]. No obstante, pese a la pervivencia del límite temporal, el ámbito de estudio resultó significativamente ampliado al extender el foco de atención a los restos que proporcionaban información sobre la vida común de los hombres del pasado, más allá de su consideración estética[275]. A la toma de conciencia de la aptitud de los restos materiales para ilustrar sobre los modos de vida de una civilización pasada contribuyeron de manera decisiva los

---

[272] V. con carácter general, E. GRAN-AYMERICH, *El nacimiento de la arqueología moderna 1798-1945* (traducción del francés por I. SÁNCHEZ-ARROYO), Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2001, págs. 32-46. Sobre España, v. I. NEGUERUELA, "Las excavaciones arqueológicas en el siglo XVIII y el Museo Arqueológico Nacional", en la obra colectiva, coordinada por A. MARCOS POUS, *De Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional,* Ed. Ministerio de Cultura, 1993, págs. 246-248.

[273] Se atribuye al erudito francés Jacob Spon el primer uso en 1679 del término "arqueología" en sentido moderno en su defensa de un método crítico para el estudio de inscripciones y otros testimonios materiales, en *Réponse à la critique publiée par M. Guillet*, citado por E. GRAN-AYMERICH, *El nacimiento de la arqueología moderna…* cit., pág. 31.

[274] V. J. BALLART, *El Patrimonio Histórico y Arqueológico…*, cit., págs. 95-96. El vínculo con la historia se hace, a su vez, patente porque una parte importante de los esfuerzos de los anticuaristas se orientaban al descubrimiento de lápidas e inscripciones, testimonios escritos, en suma, que impulsaron el desarrollo de la epigrafía.

[275] V. J. BALLART, ob. cit., pág. 108.

hallazgos de Herculano y Pompeya[276]. Las ulteriores excavaciones que se realizaron en aquellos lugares, impulsadas y patrocinadas por el futuro Carlos III de España, al frente de las cuales estuvieron con frecuencia estudiosos españoles, supusieron a su vez una evolución respecto al modo en que se venían practicando, al introducir unos mínimos criterios sistemáticos de búsqueda y clasificación de los materiales, anticipando así algunos de los métodos de la Arqueología moderna[277].

La difusión de los estudios anticuaristas y de sus métodos es deudora de la actividad de las academias y otras corporaciones de carácter honorífico, cuya proliferación es característica del período ilustrado. Por lo que hace a España, el modelo francés de las academias sería importado en nuestro país con el establecimiento de la dinastía borbónica mediante el acceso al trono de Felipe V. A este monarca se deben la fundación de la Real Academia Española, por

---

[276] V. E. GRAN-AYMERICH, *El nacimiento de la arqueología moderna…* cit., págs. 34-40.

[277] No obstante, los trabajos realizados en Pompeya fueron objeto de crítica por parte de Winckelmann, considerado el padre de la moderna Arqueología; v. J. BALLART, *El Patrimonio Histórico y Arqueológico…,* cit., págs. 175-177 y S. CALLE MARÍN "Tanucci y su vinculación con el nacimiento de la arqueología", en VV. AA. (eds. G. MORA y M. DÍAZ-ANDREU), *La cristalización del pasado: génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España,* Ed. Universidad de Málaga, MEC y CSIC, Málaga, 1997, págs. 63-69). Específicamente, sobre la figura excepcional de Carlos III, v. F. FERNÁNDEZ MURGA, *Carlos III y el descubrimiento de Herculano, Pompeya y Estabia,* Ed. Universidad de Salamanca, 1989; y M. F. REPRESA FERNÁNDEZ "Las primeras excavaciones borbónicas en Pompeya, Herculano y Stabia (1738-1775)", *Revista de Arqueología*, núm. 76, 1987, págs. 40-51. Su llegada al trono de España redundó asimismo en una proliferación de las actividades arqueológicas a lo largo de nuestra geografía, emprendidas por particulares o por corporaciones en sintonía con las aficiones del monarca, v. I. NEGUERUELA, "Las excavaciones arqueológicas en el siglo XVIII y el Museo Arqueológico Nacional", cit., págs. 248-254.

cédula de 3 de octubre de 1714[278], y de la Real Academia de la Historia, por decreto de 18 de abril y cédula del Consejo de 17 de junio de 1738[279]. Ésta última desempeñó un papel protagonista en la protección de las antigüedades en nuestro país hasta inicios del siglo XX. De manera similar a sus homólogas europeas, el germen de la Real Academia de la Historia se encuentra en una tertulia privada de eruditos y coleccionistas científicos que ganó el favor real. En su origen se orientaba exclusivamente a labores de investigación y de producción bibliográfica. Así se refleja en la propia cédula de creación, en la que de acuerdo con las nuevas tendencias historiográficas se cifra su misión "aclarando la importante verdad de los sucesos, desterrando las fábulas producidas por la ignorancia o por la malicia" y se le encomienda la formación de un Diccionario Histórico-Crítico universal de España "y sucesivamente quantas historias se crean útiles para el mayor adelantamiento, tanto de las Ciencias como de Artes y literatos". La Academia evolucionaría

---

[278] Recogida como Ley I, del Libro VIII, Título XX de la Novísima Recopilación.

[279] Recogidos en la Ley II, del Libro VIII, Título XX de la Novísima Recopilación. Con carácter general, sobre el nacimiento y organización de la Real Academia de la Historia, v. E. VELASCO MORENO, *La Real Academia de la Historia en el siglo XVIII. Una institución de sociabilidad,* Ed. CEPC, 2000, Madrid, 342 págs.; en particular, sobre la convergencia de intereses entre los académicos y la monarquía borbónica, v. M. T. NAVA RODRÍGUEZ, "La Real Academia de la Historia como modelo de unión formal entre el Estado y la cultura (1735-1792)", *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea,* núm. 8, 1987, págs. 127-155. Completa esta nómina de academias de espectro nacional la Real Academia de Nobles Artes - después llamada de Bellas Artes de San Fernando – erigida bajo el reinado de Fernando VI, por Real Orden de 12 de abril de 1752 y cuyos estatutos, otorgados por cédula de 30 de mayo de 1757, se contienen en la Ley I, del Título XXII, del Libro VIII de la Novísima Recopilación. La Real Academia de Bellas Artes constituyó, junto a la Real Academia de la Historia, uno de los polos institucionales de la organización administrativa en el campo de lo que hoy llamaríamos Patrimonio Cultural, en la que las nociones de "*lo artístico*" y "*lo histórico*" resumían los intereses de los poderes públicos en el sector y constituían los ejes del reparto de atribuciones entre las dos academias.

desde un inicial papel como centro receptor de las antigüedades descubiertas en el país a quedar al frente de las incipientes políticas arqueológicas que se emprendieran desde el Estado, con un papel activo no sólo en la vigilancia de los hallazgos sino en la planificación y realización de excavaciones o supervisando estrechamente las exploraciones emprendidas desde las Comisiones Provinciales de Monumentos Históricos y Artísticos[280]. La Real Academia de la Historia mantuvo su protagonismo hasta la creación en 1912 de la Junta Superior de Excavaciones y Antigüedades como órgano gestor

---

[280] La Real Academia de la Historia le fue atribuida la "inspección general de las antigüedades que se descubran en todo el reyno" en virtud de la Instrucción sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos (Resolución a Consejo de 24 de marzo de 1802 y cédula del Consejo de 6 de julio de 1803, recogida en la Ley III, Título XX, Libro VIII de la Novísima Recopilación) de la que se hablará en el Capítulo 3, epígrafe 2.2.1. Posteriormente, a la Academia le fueron asignadas funciones de supervisión en el ramo "histórico" sobre las Comisiones de Monumentos Históricos y Artísticos, creadas por Real Orden de 13 de junio de 1844 (Gaceta de 21 de junio de 1844). En la primera instrucción girada a dichas comisiones (Real Orden de 24 de julio de 1844, Gaceta de 28 de julio), ya se disponía que la sección consagrada a Arqueología y Arquitectura tenía entre sus funciones la promoción de excavaciones en lugares donde hubieran existido "famosas poblaciones de la Antigüedad" (art. 5) y se atribuía a las comisiones la potestad de nombrar a las personas que dirigieran las excavaciones, quienes habrían de intervenir los objetos descubiertos (art. 23). Debió de ser muy intensa la actividad exploratoria desplegada desde las comisiones, puesto que apenas una década más tarde un nuevo reglamento (Real Decreto de 15 de noviembre de 1854, Gaceta de 17 de noviembre) previó expresamente que las comisiones no podrían destinar fondos a excavaciones y empresas arqueológicas en tanto no se atendiera prioritariamente las labores de conservación de edificios monumentales y el sostenimiento de archivos, bibliotecas y museos (arts. 31 y 32). Un tercer reglamento (Real Orden de 24 de noviembre de 1865, Gaceta de 11 de diciembre) restituyó a las Comisiones Provinciales en su tarea de promoción y dirección de las excavaciones arqueológicas (art. 17.3), con total dependencia de la Real Academia de la Historia a quien correspondía su autorización y financiación (arts. 24-26).

Entre la numerosa bibliografía aparecida en los últimos tiempos sobre historiografía de la Arqueología española, señalo, sin ánimo exhaustivo, los diversos trabajos dedicados a las actividades desenvueltas por la Real Academia de la Historia y a diversas academias locales, así como a las Comisiones Provinciales de Monumentos en VV. AA. (eds. G. MORA y M. DÍAZ-ANDREU), *La cristalización del pasado: génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España,* Ed. Universidad de Málaga, MEC y CSIC, Málaga, 1997.

de la arqueología española inserto en la estructura ministerial del Estado.

3.2. El nacimiento de la Arqueología moderna y su recepción en España

La transición desde los estudios anticuaristas a la Arqueología moderna se produce a lo largo del siglo XIX, propiciada por hallazgos científicos y la difusión de teorías procedentes de otros ámbitos de conocimiento que tuvieron la virtud de ofrecer un marco conceptual y teórico para el desarrollo de la Arqueología[281]. En este sentido, se ha destacado el aporte esencial que supuso el estudio de la estratificación de las rocas en la Geografía -la constatación de que las capas más profundas del subsuelo corresponden a momentos más remotos de la historia geológica- para el desarrollo del concepto arqueológico de estratigrafía, que permite la ordenación cronológica de los depósitos materiales humanos. Tuvo igualmente un gran impacto la formulación y difusión de la teoría de la evolución de Darwin. Progresivamente se fue adquiriendo conciencia de que la antigüedad del hombre rebasaba ampliamente el marco temporal que proporcionaba la cronología bíblica, a la que hasta entonces se atenía cualquier reflexión sobre los orígenes de la humanidad. Esta intuición resultó confirmada por la realización de hallazgos de restos humanos junto a huesos pertenecientes a animales ya extinguidos de los que no se tenía noticia. Surgía de este modo la noción de *prehistoria* del hombre. El marco de la Antigüedad clásica

[281] V. C. RENFREW y P. BAHN, *Arqueología. Teorías, métodos y práctica,* Ed. Akal, Madrid, 1998 (traducción de la edición inglesa de 1991), págs. 24-27.

grecorromana como ámbito predilecto para el estudio de restos materiales de civilizaciones pasadas resultó también superado por el creciente interés de los arqueólogos europeos por las antiguas civilizaciones del oriente más próximo –el mundo fenicio, Egipto, Mesopotomia, Persia–, frecuentemente de la mano de investigaciones filológicas[282].

Vinculados a los cambios en el plano conceptual se produjo una mejora sustantiva de las técnicas de campo que culminó en la generalización a finales del siglo XIX de una metodología de la excavación verdaderamente rigurosa. Destacó por sus aportaciones en este ámbito la figura del general inglés Pitt-Rivers (1827-1900) quien, preocupado por consignar de manera precisa la totalidad de objetos y restos materiales que afloraran en una excavación con independencia de su valor intrínseco o estético, fue pionero de los modernos métodos de registro[283]. Como resultado de estas mejoras en las técnicas de campo se incrementó notablemente la cantidad de información que proporcionaban las excavaciones arqueológicas. La recuperación masiva de objetos y su posterior clasificación en tipologías constituye una de las actividades principales de la Arqueología desde el último tercio del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Esta actividad clasificatoria que sigue a la recuperación de los restos constituía la base a partir de la cual caracterizar pueblos (a

---

[282] V. E. GRAN-AYMERICH, *El nacimiento de la arqueología moderna…*, cit., págs. 83-140.

[283] Otros arqueólogos del período que contribuyeron de manera decisiva al perfeccionamiento de los métodos de registro y datación fueron el británico Flinders-Petrie (1853-1942) y el sueco Oscar Montelius (1843-1921) Para una panorámica general, v. C. RENFREW y P. BAHN, *Arqueología. Teorías, métodos y práctica,* cit., págs. 31-33.

través del concepto de *cultura arqueológica*) y establecer la sucesión cronológica de las distintas civilizaciones; de este modo la investigación arqueológica se ha traducido en numerosos trabajos de naturaleza descriptiva que daban cuenta de la evolución de las culturas en un determinado territorio a partir del análisis tipológico de los artefactos que producían[284]. En este período, la Arqueología continuaba estrechamente vinculada a la Historia, supliendo a través del análisis de documentos materiales la "narración" de períodos de la humanidad no documentados mediante textos escritos. Arqueología e Historia concurren en la formulación de la historia universal de la humanidad, desde la aparición de los primeros individuos de la especie hasta nuestros días.

La creciente sofisticación de las técnicas arqueológicas de exploración y la compleja actividad clasificatoria que sigue a la recuperación masiva de objetos demandaba una formación más técnica por parte de quienes se ocuparan de estas tareas. La Arqueología deja de ser una actividad desarrollada por eruditos y aficionados a quedar en manos de profesionales altamente especializados. En esta evolución se inscribe el despliegue de una intensa actividad de investigación y difusión arqueológica impulsada desde los museos, que, de este modo, pasaron de ser meros expositores de objetos bellos a constituirse en centros científicos[285],

---

[284] En la formulación de la noción de cultura arqueológica destaca la figura de Gordon Childe (1892-1957). Sobre las teorías que inspiraban la arqueología tradicional, v. M. JOHNSON, *Teoría arqueológica. Una introducción*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, págs. 32-37.

[285] Sobre el papel del Louvre en Francia, v. E. GRAN- AYMERICH, *El nacimiento de la arqueología moderna…* cit., pág. 390.

que justificaría, más adelante, la llegada de la Arqueología a las universidades.

En el caso de España, la creación del Museo Arqueológico Nacional y de los museos arqueológicos provinciales en 1867 ilustra esta tendencia[286]. Un primer efecto asociado a su establecimiento fue la reorganización del cuerpo de empleados de Archivos y Bibliotecas, en el que se insertó una nueva sección de "*anticuarios*". Su función era atender a la conservación de los fondos de los museos de antigüedades. No obstante, la formación específica dispensada por la Escuela Superior de Diplomática, cuyos estudios habilitaban para el acceso al cuerpo[287], los convirtió en un contingente de empleados públicos especialmente preparado para el desarrollo de tareas de investigación arqueológica. No en vano, la sección pasará a denominarse en 1900 de "arqueólogos". La profesionalización del personal al servicio del Museo Arqueológico Nacional, frente al carácter honorífico de los miembros de las Comisiones de Monumentos, determinó un impulso sustancial de las excavaciones auspiciadas desde la Administración, que se incrementaron en

---

[286] El Museo Arqueológico Nacional fue creado por Real Decreto de 20 de marzo de 1867 (Gaceta de 21 de marzo). V. A. MARCOS POUS, "Origen y desarrollo del Museo Arqueológico Nacional", en VV. AA, *De gabinete a Museo. Tres siglos de Historia. Museo Arqueológico Nacional,* cit. págs. 21-99.

[287] La Escuela Superior de Diplomática se creó por Real Decreto de 7 de octubre de 1856 (Gaceta de 9 de octubre) a instancia de la Real Academia de la Historia, teniendo como propósito principal la formación de archiveros, si bien desde su fundación incorporó en sus planes de estudio la asignatura de Arqueología y Numismática; v. A. GODÍN GÓMEZ, "La Escuela Superior de Diplomática y la formación de los archiveros, bibliotecarios y arqueólogos en el siglo XIX", *Boletín de la ANABAD*, Tomo 45, Nº 3, 1995, pags. 33-50, en especial, págs. 39-42.

número y ganaron en calidad y rigor científico[288]. Al hilo de lo comentado, destaca la figura de José Ramón Mélida (1856-1933), considerado uno de los padres de la Arqueología española, quien como director del Museo Arqueológico Nacional, estuvo al frente de campañas de excavaciones tan importantes como la que condujo al descubrimiento del teatro romano de Mérida[289].

La llegada de la Arqueología a la Universidad española se produjo con la supresión de la Escuela Superior de Diplomática en 1900 y la incorporación de sus docentes a la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid[290]. Al florecimiento de la disciplina en el ámbito universitario contribuyeron de manera muy importante las frecuentes visitas a España de insignes arqueólogos extranjeros, que venían desarrollando su actividad desde reputadas cátedras[291]. Debe destacarse la figura del alemán Hugo Obermaier (1877-1946), quien se instaló en España tras la I Guerra Mundial y ocupó en 1922 la primera cátedra de Historia Primitiva del Hombre en la Universidad Central de Madrid, lo que supuso la acogida académica de la Prehistoria[292]. En 1933 sería la Universidad de

---

[288] Sobre la importancia de la profesionalización de los arqueólogos, v. M. DIAZ-ANDREU y G. MORA, "Arqueología y política: el desarrollo de la Arqueología española en su contexto histórico", cit., págs. 28-29.

[289] V. VV. AA. (ed. M. DÍAZ-ANDREU), *Arqueología española. José Ramón Mélida Alinari,* Ed. Urgoiti, Pamplona, 2004.

[290] V. A. GODÍN GÓMEZ, "La Escuela Superior de Diplomática...", cit., pág. 50.

[291] Señaladamente, Adolfo Schulten, principal impulsor de las investigaciones sobre Tartessos, v. A. BELTRÁN MARTÍNEZ, "Evolución histórica de la Arqueología española", *AIC,* núm. 24, 1985, pág. 21.

[292] V. A. BELTRÁN MARTÍNEZ, ob.cit., pág. 17 y M. DÍAZ-ANDREU y G. MORA, "Arqueología y Política...", cit., pág. 31.

Barcelona la que dotara una cátedra de Prehistoria, que fue ocupada por Pere Bosch Gimpera (1891-1974), figura esencial de la Arqueología española y fundador de la fructífera Escuela Catalana de Arqueología[293]. Bosch Gimpera y otros arqueólogos de su generación, tuvieron ocasión de formarse en el extranjero gracias a las becas de la Junta de Ampliación de Estudios, lo que permitió la recepción en la Arqueología española del método histórico-cultural y de las nuevas técnicas de trabajo de campo[294].

El surgimiento de los nacionalismos vasco y catalán desde finales del siglo XIX favoreció igualmente la promoción de los estudios arqueológicos y, particularmente, prehistóricos, a los que se recurría en busca de un fundamento científico que avalase el origen particular y remoto de las respectivas culturas nacionales[295]. En este sentido se crearon institutos específicos que se aplicaron con entusiasmo a las actividades arqueológicas, de entre los que destacan el Centro de Investigaciones Prehistóricas (1925), en el seno de de la *Eusko Ikaskuntza* o Sociedad de Estudios Vascos[296] y, sobre todo, el *Servei d'Excavacions Prehistòriques i Arqueològiques* (1915)[297],

---

[293] V. M. DÍAZ-ANDREU y G. MORA, "Arqueología y Política...", cit., pág. 32.

[294] V. M. DÍAZ-ANDREU, "Nación e internacionalización. La arqueología española en las tres primeras décadas del siglo XX", en VV.AA. (eds. G. MORA y M. DÍAZ-ANDREU), *La cristalización del pasado: génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España,* cit., págs. 412-413.

[295] Con carácter general, sobre el recurso al Patrimonio Cultural y específicamente al Patrimonio Arqueológico para fundamentar el discurso nacionalista, v. J. BALLART, *Patrimonio histórico y arqueológico…*, cit., págs. 193-208.

[296] V. M. DÍAZ-ANDREU, "Nación e internacionalización….", cit., págs. 406-407.

[297] V. F. GRACIA ALONSO y J. CORTADELLA, "La institucionalización de la Arqueología en Cataluña: el *Servei d'Investigacions Arqueològiques* del *Institut*

dependiente del *Institut d'Estudis Catalans,* al frente del cual estuvo el propio Bosch Gimpera hasta la finalización de la guerra civil.

3.3. La naturaleza científica de la Arqueología contemporánea

La Arqueología experimenta un importante cambio a partir de la segunda mitad del siglo XX que afecta, fundamentalmente, al método empleado para la construcción del conocimiento arqueológico. Desde que a finales del siglo XIX el modo de realizar las excavaciones quedara establecido en sus líneas esenciales, la Arqueología se había afanado en la recolección de objetos y restos para trazar las cronologías de las distintas culturas. De manera progresiva se reveló, sin embargo, la insuficiencia de este planteamiento y la necesidad de superar la mera acumulación de datos y la elaboración de información de corte descriptivo para avanzar hacia la indagación de las razones que alientan los cambios y evoluciones en las civilizaciones del pasado. Este nuevo planteamiento viene propiciado, de una parte, por la aproximación que se venía produciendo, en especial en el ámbito académico norteamericano, de la Arqueología a la Antropología, de modo que, siendo la Antropología la ciencia social que estudia al hombre desde una perspectiva integral, la Arqueología confluye con aquélla a través del análisis de la cultura material del pasado[298]. A su vez, en

---

d'Estudis Catalans", en VV. AA. (eds. M. B. DEAMOS y J. BELTRÁN FORTES), *Las instituciones en el origen y desarrollo de la Arqueología en España,* Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, págs. 257-321.

[298] La Arqueología ya se había acercado a la Antropología y, particularmente, a la Etnografía, sugiriendo analogías entre la cultura material del

paralelo con los cambios que experimentan, en general, todas las disciplinas humanísticas y sociales, nuevas generaciones de arqueólogos asumen la necesidad de incorporar el método científico, lo que se traduce en la necesidad, previa a cualquier intervención, de formular un proyecto de investigación que contenga una estrategia de investigación, de recogida, registro y análisis de las evidencias y de publicación de los resultados obtenidos[299]. De acuerdo con estas premisas, desde los años sesenta y setenta se cuestiona el modo de proceder anterior y se postula desde el mundo anglosajón la llamada *Nueva Arqueología*[300]. Más tarde, los planteamientos de corte puramente positivista serán a su vez objeto de crítica por obviar los factores cognitivos en el comportamiento humano y, bajo el influjo del postmodernismo, se cuestionará la objetividad del método científico y de los datos y conclusiones que proporciona. En definitiva, la Arqueología no ha permanecido ajena a las controversias que han afectado a la teoría de la ciencia en los últimos treinta años y, en particular, al debate suscitado en las ciencias humanas[301].

---

hombre prehistórico y el de algunas tribus del presente, dando lugar a la llamada Etnoarqueología. Sobre las razones que explican la aproximación de Antropología y Arqueología en el mundo académico norteamericano, v. M. JOHNSON, *Teoría arqueológica…*, cit., págs. 47-49.

[299] V. C. RENFREW y P. BAHN, *Arqueología…*, cit., pág. 65.

[300] Los principales exponentes de esta nueva corriente son David Clarke, Lewis Binford y Colin Renfrew; v. M. JOHNSON, *Teoría arqueológica…*, cit., págs. 38-54

[301] Una exposición de las modulaciones de los planteamientos de la Nueva Arqueología, y de reacciones suscitadas divergentes, en M. JOHNSON, ob. cit., págs. 91-229.

En cuanto al objeto de estudio arqueológico, los nuevos planteamientos demandaban atender, no sólo, a los bienes de factura humana (*artefactos* y *estructuras*, o dicho en términos jurídicos, bienes muebles e inmuebles), sino a los bienes de la naturaleza empleados o transformados por el hombre (*ecofactos*) y, en general, a las trazas de elementos naturales que rodean los restos en la medida en que aportan información sobre la comunidad que allí se asentó en el pasado. La Arqueología, de este modo, integrará el análisis de los contextos naturales en la investigación de campo, completando de este modo el análisis histórico-cultural tradicional, tarea para la cual requerirá el auxilio de las Ciencias Ambientales[302]. En la medida, además, en que se interroga por las razones que explican el comportamiento de las comunidades, la investigación trasciende los límites del yacimiento para proyectarse sobre el conjunto de asentamientos existentes en una determinada región, se habla en este sentido de *Arqueología del paisaje*[303].

En el ámbito del trabajo de campo se aprecia una creciente importancia de las técnicas que no alteran el terreno frente a la clásica excavación[304]. Así, la ampliación del espacio sobre el que se proyecta el estudio arqueológico hace de la prospección superficial –muchas veces precedida del reconocimiento aéreo- el medio más adecuado, por ejemplo, para el estudio de los patrones de

---

[302] V. C. RENFREW y P. BAHN, *Arqueología…*, cit., pág. 35.

[303] Una aproximación a esta perspectiva en F. CRIADO BOADO, "Del terreno al espacio: planteamientos y perspectivas para la Arqueología del Paisaje", en *CAPA: Cadernos de arqueloxía e patrimonio,* núm. 6, 1999, págs. 1-82.

[304] Un resumen de las técnicas de campo que emplea la Arqueología contemporánea para la localización, evaluación y registro de las evidencias en C. RENFREW y P. BAHN, *Arqueología…*, cit., págs. 65-105.

asentamiento de los grupos humanos sobre un determinado territorio. A su vez, el perfeccionamiento de las técnicas de teledetección permite tener una idea aproximada de la envergadura de las estructuras y restos que se ocultan bajo la superficie de un yacimiento sin necesidad de recurrir a la excavación. Si a ello se suma la naturaleza destructiva de esta técnica –dado que para alcanzar los niveles más antiguos requiere la destrucción de los estratos más superficiales, lo que hace que cada excavación resulte irrepetible-, y los enormes costos en términos de recursos económicos y de tiempo que exige la documentación precisa de todo lo excavado, se explica que la excavación haya ido adquiriendo el carácter de último recurso: ya sea como culminación de un trabajo de campo prolongado en el tiempo, para confirmar las sospechas que se derivan de la prospección superficial o para evaluar de manera precisa los datos que arroja la prospección geofísica; o bien justificada en la inminente destrucción de un yacimiento por la ejecución de una obra pública o de una operación urbanística (A*rqueología de rescate*).

Pero la evolución técnica más importante se produce en el ámbito del trabajo de laboratorio gracias al desarrollo por las ciencias experimentales de métodos que permiten datar de manera absoluta los restos materiales, sin necesidad de recurrir a los métodos de datación relativa característicos de la Arqueología tradicional (por ejemplo, por referencia a secuencias tipológicas de objetos) o al aval de la información histórica[305]. Estos avances reforzarán el proceso de

[305] Destacan por su importancia la dendrocronología (o datación mediante el estudio de los anillos de los árboles) y el carbono 14; v. sobre las técnicas de datación absoluta, C. RENFREW y P. BAHN, *Arqueología,* cit., págs. 118-142.

consolidación de la Arqueología como disciplina dotada de autonomía frente a la Historia.

A día de hoy la Arqueología se caracteriza por ser una disciplina con un ámbito extraordinariamente amplio de estudio, que se proyecta sobre todos los elementos de orden material –sean o no de origen humano- que explican la vida de los hombres en el pasado, superando el fetichismo que marcó sus orígenes[306]; por emplear un método científico para la construcción del conocimiento que le es propio, y por servirse, a su vez, de los aportes técnicos de las ciencias experimentales. La Arqueología se encuentra a medio camino entre las humanidades y las ciencias sociales, se ha hecho multidisciplinar y exige para el desarrollo de sus investigaciones de la colaboración de especialistas de diversos ámbitos: geólogos, antropólogos, biólogos, geógrafos, químicos, físicos, matemáticos, historiadores. Todo esto no ha hecho sino contribuir a la definitiva extinción de la figura del arqueólogo diletante o aficionado y a que la actividad científica arqueológica se haya residenciado en manos de los departamentos universitarios u otros centros de investigación.

Sin embargo, el número cada vez mayor de intervenciones de alta incidencia en el territorio (construcción de infraestructuras, desarrollos urbanísticos) ha dado lugar a un nuevo perfil de arqueólogo profesional que desarrolla su actividad en el sector privado, al margen de la Arqueología *académica*, cuya aparición se

[306] Emplea el término fetichista para caracterizar la Arqueología tradicional M. JOHNSON, a cuyas páginas remitimos para hacernos una idea de hasta qué punto la eclosión de la llamada *Nueva Arqueología* ha querido romper con el "culto" a los objetos singulares que caracterizó a la disciplina en épocas pasadas, v. *Teoría arqueológica,* cit., págs. 39-40.

explica por la falta de recursos propios de los poderes públicos para proceder a localizar y evaluar la totalidad de elementos arqueológicos que pueden resultar afectados por esos procesos. Se trata de los profesionales de la *Arqueología preventiva* o, en su caso, *de urgencia* o *de rescate,* actividad que ha tenido una enorme difusión en España desde finales de los años ochenta hasta la actualidad al hilo de los cambios en la legislación protectora del Patrimonio Cultural y la introducción de las técnicas de evaluación de impacto y la previsión normativa de cautelas arqueológicas[307]. En este ámbito, las intervenciones arqueológicas no responden ordinariamente a una estrategia previamente establecida en un proyecto de investigación sino a la urgencia en el registro y valoración de la riqueza arqueológica ante la inminente transformación de los espacios. De ahí que, desde el mundo académico frecuentemente se cuestione el carácter científico de esta actividad y se la caracterice más bien como una mera aplicación técnica[308].

Algunos de los cambios que se han descrito arriba, en especial los que atañen a la consideración epistemológica de la Arqueología, son menos visibles en los países de cultura mediterránea que en los países anglosajones y nórdicos, que han sido abanderados de la evolución contemporánea de la disciplina. En el caso de España, el vínculo tradicional con los estudios humanísticos y la organización

---

[307] V. J. RUIZ DE ARBULO, "Arqueología universitaria y actividad profesional a finales del siglo XX", en VV. AA., *La cristalización del pasado…,* cit., págs. 657-665. V. Capítulo IV, epígrafe 3.1.4.

[308] Ilustra esta idea J. M. MARTÍN RUIZ, "Acerca de la relación entre teoría y práctica en la Arqueología "de urgencia"", en VV. AA. (eds. J. M. MARTÍN RUIZ, J. A.MARTÍN RUIZ y P. J. SÁNCHEZ DE LA BANDERA), *Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica,* Ed. Diputación de Málaga, Málaga, 1997, págs. 155-163.

académica han condicionado que la mayoría de los arqueólogos españoles sean en origen titulados en Historia o Historia del Arte que han recibido el grueso de su formación arqueológica en el posgrado, lo que se traduce en un ejercicio de la Arqueología en una línea más acorde con los planteamientos histórico-culturales de corte tradicional.

2. LA CONSIDERACIÓN DEL *INTERÉS ARQUEOLÓGICO* EN LA NORMATIVA HISTÓRICA DE PATRIMONIO CULTURAL

El uso de la noción de *patrimonio* para designar un conjunto de bienes portadores de intereses culturales sobre los que recae un específico régimen jurídico de protección y puesta en valor, aglutinados no en razón de su titularidad, sino de la funcionalidad o misión que cumplen como instrumentos de promoción cultural procede, en nuestro ordenamiento, de la Ley de de 13 de mayo de 1933, sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico[309]. La ley renombraba de este modo lo que el artículo 45 de la Constitución de 1931 denominaba "Tesoro", término a su vez tomado del Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926, regulador del Tesoro Artístico Arqueológico Nacional[310].

Sin embargo, la existencia de una normativa que se proyectara sobre los bienes artísticos e históricos es anterior en más de un siglo a la incorporación de los conceptos normativos de tesoro o patrimonio.

---

[309] Gaceta de 25 de mayo de 1933.

[310] Gaceta de 15 de agosto de 1926.

Precisamente, entre esas disposiciones ocupa una posición destacada la regulación que puede considerarse antecedente de la legislación arqueológica. Dicha regulación revela un especial interés de la autoridad por la pervivencia de estos bienes, al punto de anticiparse a tratamientos más generales del Patrimonio Cultural. En un primer momento, el ámbito material sobre el que se proyecta la regulación histórica no eran los bienes arqueológicos sino las *antigüedades,* en torno a las cuales giraban los estudios anticuaristas, a los que ya nos referimos. Frecuentemente se asociaban a las antigüedades las *ruinas*, con las que se designaban las estructuras inmobiliarias emergentes abandonadas a los estragos del tiempo, que habían perdido su valor funcional original. El uso de estos términos evoca necesariamente un criterio cronológico, que la propia legislación explicitaba. De este modo, el ámbito material normativo se definía por la adscripción de los bienes a determinadas épocas del pasado remoto. Pero, más allá de esta apreciación, que resulta obvia, el estudio de la legislación histórica aporta algunos otros elementos de reflexión que, en cierta medida, anticipan la singularidad del Patrimonio Arqueológico como objeto de Derecho.

La norma que, por su carácter general, inaugura la legislación cultural en nuestro país es la "Instrucción sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos que se descubren en el reyno, baxo la inspección de la Real Academia de la Historia", que fue adoptada por resolución de Carlos IV al Consejo de 24 de marzo de 1802 y cédula del Consejo de 6 de julio de 1803[311]. Con el lenguaje retórico y exhortativo que caracteriza la legislación ilustrada, la

[311] Publicada como Ley III, Título XX, Libro VIII en la Novísima Recopilación.

Instrucción recoge soluciones de escasa ambición si se compara con las disposiciones que ya se habían adoptado en diversos territorios itálicos[312]. La eficacia de esta norma fue muy limitada como acreditan las disposiciones y circulares que recordaban su vigencia a las autoridades a lo largo del siglo XIX[313], pero posee el valor de sentar las primeras bases para una tímida policía administrativa en el sector al conferir a la Real Academia de la Historia la inspección general de las antigüedades del Reino. En la práctica, esta tarea se traducía en la recepción de las noticias de hallazgos y descubrimientos que acontecieran, para el desenvolvimiento de sus propias campañas y exploraciones, o en su caso, para la adquisición de objetos interesantes para sus colecciones. El reforzamiento de las funciones y tareas de la Real Academia de la Historia constituye de hecho la finalidad principal de la disposición, lo que resulta lógico pues la propia Academia fue la autora del proyecto normativo[314]. A tal fin se

---

[312] En este sentido, la disposición española no introducía prohibición o mecanismo alguno que limitara la salida al extranjero de las antigüedades ni preveía propiamente un régimen de control de las exploraciones arqueológicas, como sí hacían algunas regulaciones en Italia. Una visión general de los antecedentes italianos en G. ROTONDI, "I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro", cit., págs. 328-330; J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo I, págs. 49-54; y específicamente sobre la regulación en los Estados pontificios, la más incisiva de la época, v. J. MAIER ALLENDE, "II Centenario de la Real Cédula de 1803. La Real Academia de la Historia y el inicio de la legislación sobre el patrimonio arqueológico y monumental", *Boletín de la RAH,* Tomo CC, cuaderno III, 2003, pág. 445.

[313] Es el caso de una Cédula del Consejo de 2 de octubre de 1818 y otra de 19 de septiembre de 1827, dictada a raíz del creciente deterioro de las ruinas de Itálica, una circular de 28 de junio de 1859, dando instrucciones a los gobernadores de las provincias y excitando su celo en los ramos confiados a la sección de fomento, así como una Real Orden de 3 de junio de 1865. V. R. RODRÍGUEZ PASCUAL, "La protección a las antigüedades", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, tomo 31, 2, 1914, págs. 385-387.

[314] El texto que finalmente pasaría a la Instrucción fue adoptado por la Junta Ordinaria de la Real Academia de la Historia el 29 de mayo de 1802 a

insta a "los buenos patriotas que coadyuven a la ilustración de la Patria por el medio de buscar, conservar y comunicarla [a la Academia] los monumentos antiguos […]". El principal contenido normativo de la Instrucción se sustancia, por tanto, en el señalamiento de unos deberes "cívicos" consistentes en la comunicación a la Academia de los descubrimientos que se efectuaran y las circunstancias de los hallazgos, exhortación que se dirigía a las capas ilustradas de la sociedad –eruditos locales y eclesiásticos-. Secundariamente, la Instrucción efectúa una rudimentaria regulación de la adquisición de los hallazgos en orden a favorecer la realización de actividades exploratorias[315].

El concepto básico que define el ámbito de aplicación de la disposición es el de "monumento antiguo", noción a la que se liga una abigarrada enumeración de bienes muebles e inmuebles contenida en el apartado primero de la Instrucción, en la que están presentes bienes portadores no sólo de valores artísticos o estéticos, sino también de orden histórico propiamente dicho o científico[316]. De

---

petición del Secretario de Estado Luis de Urquijo. Sobre su elaboración, v. J. MAIER ALLENDE, "II Centenario de la Real Cédula de 1803…", cit., págs. 447-457.

[315] V. Capítulo III, epígrafe 2.2.1.

[316] El apartado 1 de la Instrucción de 1803 disponía: "Por monumentos antiguos se deben entender las estatuas, bustos y baxo relieves, de qualesquiera materias que sean; templos, sepulcros, teatros y anfiteatros, circos, naumaquias, palestras, baños, calzadas, saycos, monedas de qualquiera clase, camafeos, trozos de arquitectura, colunas miliarias; instrumentos músicos, como sistros, liras, crotalos; sagrados, como prefericulos, simpulos, lituos, cuchillos sacrificatorios, segures, aspersorios, vasos, tripodes; armas de todas especies, como arcos, flechas, glandes, carcaxes, escudos; civiles, como balanzas y sus pesas, romanas, reloxes solares ó maquinales, armilas, collares, coronas, anillos, sellos: toda suerte de utensilios, instrumentos de artes liberales y mecánicas; y finalmente qualesquiera cosas aun desconocidas, reputadas por antiguas, ya sean Púnicas, Romanas, Cristianas, ya Godas, Arabes y de la baxa edad".

este modo, aunque lejos de las definiciones sintéticas habituales hoy en día en la legislación de Patrimonio Cultural, la Instrucción acredita una temprana valoración del potencial ilustrativo de bienes de uso corriente o de producción industrial que permita reconstruir la historia anónima, la vida cotidiana de civilizaciones pasadas. Se trata en cualquier caso de una enumeración no exhaustiva, pues en el concepto de monumento podían integrarse "qualesquiera cosas aun desconocidas, reputadas por antiguas", situándose la frontera con la modernidad en la "baxa edad" (apartado 1 de la Instrucción). La Instrucción tomaba en consideración estos bienes como elementos singulares, el interés se proyectaba sobre los objetos aislados, sin perjuicio de que se exhortara a tomar nota y comunicar la localización geográfica de los hallazgos (Apartado 4).

La noción de monumentos antiguos o antigüedades pervive durante toda la legislación del siglo XIX, volcada en gran medida en la creación y organización de las Comisiones Provinciales de Monumentos Históricos y Artísticos. Sin embargo, los términos arqueología y arqueológico comienzan a encontrar eco en el ordenamiento jurídico. La primera instrucción a las Comisiones en 1844 alude expresamente a la Arqueología, a la que se consagra la tercera sección de la comisión. Entre sus competencias se encontraba relacionarse con academias y particulares que practicaran excavaciones, intervenir en la dirección de éstas y recoger, clasificar y catalogar objetos de arqueología o de antigüedad[317]. Las posteriores instrucciones abundan en la normalización del término arqueológico en un sentido técnico. Así, el reglamento de Comisiones de 1854

[317] V. Real Orden de 24 de julio de 1844 (Gaceta de 28 de julio de 1844), art. 23, en especial los apartados 1º a 4º.

exige la afición a los "estudios arqueológicos" como requisito para formar parte de la comisión, se habla de "empresas arqueológicas" para referirse a las excavaciones y diligencias para el descubrimiento de antigüedades e incluso de "investigaciones arqueológicas"[318]. El reglamento de 1865 intensifica esta tendencia, al tiempo que refuerza y detalla con mayor precisión las competencias de las Comisiones en el campo arqueológico[319].

Por su parte, el decreto de creación del Museo Arqueológico Nacional en 1867 proporcionó una definición de objetos arqueológicos más sintética y finalista que la que aparecía en la Instrucción de 1803: "todos los [objetos] pertenecientes a la antigüedad, a los tiempos medios y al renacimiento, que *sirven para esclarecer el estudio de la historia, del arte ó de la industria* en las indicadas épocas", aunque quedaran excluidos "los que, por su

---

[318] Así se expresa el Real Decreto de 15 de noviembre de 1854 (Gaceta de 17 de noviembre); v. entre otros, arts. 21, 28. Quinto, 31 y 32. Como se indicó, estos dos últimos preceptos resultan ilustrativos del grado de expansión que las exploraciones arqueológicas habían alcanzado desde la creación de las comisiones, ya que se prohibía a éstas emprender nuevas actividades de esta naturaleza en tanto debiera atenderse la conservación de edificios monumentales y el sostenimiento de archivos y museos.

[319] La Real Orden de 24 de noviembre de 1865 (Gaceta de 11 de diciembre) devuelve al primer plano las funciones arqueológicas de las Comisiones. Deben destacarse en este sentido, la dirección de excavaciones (art. 17.3), el reconocimiento facultativo y arqueológico de monumentos públicos para evitar su ruina (art. 17.8), la intervención en las obras públicas que se desarrollaran cerca de emplazamientos antiguos a fin de evitar la pérdida o sustracción de las antigüedades que pudieran descubrirse (art. 17.10), lo que constituye un evidente precedente de la arqueología preventiva, proponer e informar sobre el modo de realizar excavaciones a los Gobernadores (art. 19.2) así como proponer la realización de excavaciones a la Real Academia de la Historia (art. 24.1) e informarla de los descubrimientos fortuitos de la provincia (art. 24.3). Las Comisiones Provinciales de Monumentos mantuvieron sustancialmente estas competencias aún después de dictarse la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911, al resultar confirmadas en un nuevo reglamento aprobado por Real Decreto de 11 de agosto de 1918 (Gaceta de 14 de agosto).

índole deban corresponder á los Museos de Pintura"[320]. Esta última precisión responde a la dicotomía que articulaba la gestión del Patrimonio Cultural durante el siglo XIX en torno a los ramos histórico y artístico y que constituía la base para la distribución de tareas entre las diversas secciones de las comisiones provinciales. Esta distinción, a su vez, generaba una doble dependencia administrativa de las comisiones: en el ámbito artístico, de la Comisión Central de Monumentos y, a partir de 1857, de la Real Academia de Bellas Artes[321], y en el ámbito histórico, de la Real Academia de la Historia. Como se ha señalado, los adjetivos "histórico" y "artístico" funcionaban como categoría abierta que daba cabida a la diversidad de intereses que hoy integran lo "cultural"[322]. La variedad de posibles objetos arqueológicos o de antigüedad ejemplificaba especialmente el carácter abierto o extensivo de estas categorías. Ahora bien, dentro del ramo histórico, los bienes arqueológicos se connotaban no tanto por la posesión de una determinada antigüedad sino, fundamentalmente, porque su

---

[320] V. art. 2 del Real Decreto de 20 de marzo de 1867 (Gaceta de 21 de marzo) mandando establecer Museos Arqueológicos en Madrid y las provincias.

[321] La creación de la Comisión Central de Monumentos se previó en el artículo 9 de la Real Orden de 13 de junio de 1844 y fue suprimida por el artículo 161 de la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 (Gaceta de 10 de septiembre), conocida como Ley Moyano en atención a Claudio Moyano, ministro de Fomento a la sazón. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, ha subrayado el mérito de esta norma por su pretensión de "integrar en una visión unitaria toda la política educativa y de Bellas Artes", "Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural", cit., p. 578. La Ley Moyano determinó la dependencia de las Comisiones de Monumentos de la Real Academia de Bellas Artes en el ramo artístico de su actividad. Para adecuar la organización a esta disposición se dictó el Reglamento de 1865, que mantuvo la subordinación a la Real Academia de la Historia en el ramo histórico (arts. 23 y 24).

[322] V. J. PRIETO DE PEDRO, "Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución", cit., pág. 1557.

aparición se producía a resultas de la ejecución de ciertas actividades (exploraciones, excavaciones, investigaciones) o como consecuencia de eventos fortuitos (descubrimiento casual) que desvelaban su existencia. En los reglamentos de las Comisiones se aprecia un interés público en que las actividades de búsqueda arqueológica fueran realizadas por personas conocedoras o bajo su supervisión así como en la anotación de las circunstancias de los hallazgos.

Este interés público en las actividades que se proyectan sobre estos bienes cristalizaría en la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911 y en su reglamento de desarrollo[323]. El ámbito material de la ley eran, de nuevo, las *antigüedades* definidas como "todas las obras de arte y productos industriales pertenecientes a las edades prehistóricas, antigua y media" o, como precisaba el reglamento, "hasta el reinado de Carlos I" (arts. 2 Ley y reglamento). Se sometían, igualmente, a las determinaciones de la ley las "ruinas de edificios antiguos que se descubran; a las hoy existentes que entrañen importancia arqueológica" así como "los edificios de interés artístico abandonados a los estragos del tiempo", bienes estos últimos con poca conexión con la problemática arqueológica pero que el legislador incluyó con el fin de someterlos a ciertas

[323] La Ley se publica en la Gaceta de 8 de julio de 1911. Esta norma fue el resultado de la creación por Real Decreto de 6 de diciembre de 1883 de una comisión encargada de redactar las bases de una futura ley de conservación de antigüedades. Tres anteproyectos de ley antecedieron al del Ministro Gimeno, publicado en la Gaceta de 8 de junio de 1911, que sería el que finalmente se sometería a tramitación y resultaría aprobado con escasas modificaciones. El desarrollo reglamentario de la Ley de Excavaciones se produjo por el Real Decreto de 1 de marzo de 1912 (Gaceta de 5 de marzo), que clarificó algunos puntos dudosos de la redacción legal. Sobre la elaboración de la ley, v. A. YÁÑEZ VEGA y A. C. LAVÍN BERDONCES, "La legislación española en materia de Arqueología hasta 1912: análisis y evolución en su contexto", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm. 3, 1999, págs. 139-140.

prescripciones que habilitaban la intervención administrativa en la propiedad privada a los fines de conservación[324]. Pervivía el criterio cronológico, lo antiguo, en la definición de ámbito material –aunque ya empezara a ser objeto de crítica[325]- así como un tratamiento normativo desde una perspectiva singular del objeto o elemento.

Sin embargo, la principal novedad de esta ley residía en someter a autorización las actividades orientadas a la localización y extracción de estos bienes, las excavaciones, que se definían como "las remociones deliberadas y *metódicas* de terrenos respecto a los cuales existan indicios de yacimientos arqueológicos, ya sean restos de construcciones, o ya antigüedades" (art. 1 Ley), comprendiendo también las que se hicieren "en busca de restos paleontológicos, siempre que en aquellas se descubrieren objetos correspondientes a la arqueología" y las de carácter espeleológico y submarino (art. 1.2 Reglamento). La referencia al carácter metódico de las excavaciones supone el reconocimiento implícito de la metodología arqueológica, tal y como se entendía en la época, anticipando de este modo el

---

[324] Así lo revela la intervención del Diputado Sr. Lema que critica la falta de homogeneidad de los bienes enumerados en al artículo 2, pues se extiende "a lo que ya no es producto de las excavaciones" y continúa " [s]e ve que con motivo de este proyecto ha habido el deseo de defender al Estado y á la cultura nacional de cierto peligro que recientemente se ha visto que, por desgracia, era demasiado palpable y notorio...", *Diario de las sesiones de las Cortes*, núm. 64, 21 de junio de 1911, pág. 1708.

[325] Esta limitación temporal llegó a ser cuestionada durante la tramitación parlamentaria del proyecto. Así el Diputado Sr. Garriga criticó la indefinición del concepto de antigüedades ligado al fin de la Edad Media y lamentó que quedaran excluidas las obras de la Edad Moderna, particularmente del Renacimiento. Por su parte, el Ministro Sr. Gimeno, defendió la exclusión de tales restos, al ser precisamente durante el Renacimiento cuando se inician los trabajos arqueológicos, pese a las tesis que venían formulándose en los últimos treinta años, contrarias a esta compartimentación temporal, en *Diario de las sesiones de las Cortes*, cit., págs. 1708, 1711.

planteamiento de la LPHE. La naturaleza metódica de las excavaciones conecta con los diversos requisitos a que se sometía la solicitud de autorización, con la determinación de obligaciones atinentes al modo de ejecución de las excavaciones y, especialmente, con la posibilidad de revocar la autorización si las excavaciones no se practicaban "de un modo científico adecuado", decisión que quedaba en manos de un tribunal constituido por expertos en el seno del Ministerio[326]. Todos estos requisitos, en última instancia, se orientan a garantizar la rentabilidad científica de la excavación, que materializa en la generación de conocimiento histórico. Por ello, no olvida el Reglamento imponer a los autorizados un deber de presentación de una memoria de los trabajos y descubrimientos efectuados a lo largo de la campaña (art. 37 Reglamento). Existe, además otro reconocimiento implícito del interés público presente en la investigación de las *antigüedades* o *ruinas* cuando la Ley reserva al Estado el derecho a efectuar excavaciones en propiedades particulares, mediante la previa expropiación de los terrenos o indemnizando por los perjuicios derivados de la ocupación (art. 4 Ley).

Como se verá al tratar el régimen histórico de los hallazgos[327], la regulación que ofrecía la Ley de Antigüedades se dirigía a estimular la realización de actividades de búsqueda bajo autorización o, en su caso, a la comunicación de los hallazgos fortuitos. A su vez, la atribución de la titularidad a los descubridores

---

[326] V. arts. 7 de la Ley y 14 Reglamento, específicamente para las autorizaciones a particulares; art. 23 Reglamento relativo a todas las autorizaciones. V. Capítulo IV, epígrafe 1.

[327] V. Capítulo III, epígrafe 2.2.2.

autorizados no estaba exenta de deberes en orden a garantizar el valor o utilidad cultural de los bienes. Así, en el caso de particulares la concesión de la propiedad de lo descubierto comportaba la obligación de no ocultar o impedir sistemáticamente el estudio científico de los objetos (art. 15 Ley), y en el caso de "corporaciones oficiales de la Nación" –básicamente, las Diputaciones, los Municipios y academias de patrocinio real- debían conservar los objetos hallados "expuestos al público decorosamente", de lo contrario pasaban a manos del Estado (art. 7 Ley)[328].

Posteriormente, el Real Decreto-Ley del Tesoro Artístico Arqueológico Nacional, de 9 de agosto de 1926, avanzó en la línea de una consideración más integral de los bienes arqueológicos al contemplar la inclusión no ya sólo de objetos y monumentos (megalitos, cuevas) prehistóricos sino, en general, de yacimientos y campos de excavaciones acotados y deslindados, lo que permitía la aplicación a esos bienes de las técnicas de intervención administrativa previstas en el Decreto-Ley para garantizar su conservación[329].

En síntesis, la legislación histórica revela como la noción de "lo arqueológico", aun vinculada a la posesión de una cierta

---

[328] Las obligaciones impuestas a las Corporaciones Oficiales de la Nación encuentran antecedente en el Real Decreto de 25 de octubre de 1901 (Gaceta de 26 de octubre) por el que se reorganizaron las Comisiones de Monumentos. A través de esta norma se quiso reforzar el uso pedagógico e instructivo de los fondos y colecciones que habían reunido las Comisiones y, en su caso, los Museos Arqueológicos Provinciales, exigiendo una puesta a disposición de sus materiales a favor de las universidades y de los centros de enseñanza media. Asimismo, se invitaba a corporaciones eclesiásticas y civiles a la exhibición pública diaria y gratuita de sus colecciones.

[329] V. art. 2. c) Real Decreto-Ley.

antigüedad y centrada notablemente sobre objetos o elementos singulares, cristaliza de manera progresiva en torno a la proyección sobre unos bienes de actividades de búsqueda sistemática e investigación, en cuya realización, conforme a determinadas pautas o protocolos, emerge un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. A su vez, los objetos arqueológicos o de antigüedad se adelantan en la apertura hacia intereses diversos a los de naturaleza artística y estética, anticipan la noción omnicomprensiva y polivalente del "interés cultural" como interés de síntesis.

3. LA CONCEPCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO EN LA ORDENACIÓN VIGENTE DEL PATRIMONIO CULTURAL

3.1. La configuración del Patrimonio Arqueológico en el Derecho Internacional del Patrimonio Cultural

Como se expuso al trazar el marco normativo regulador del Patrimonio Arqueológico, éste ha sido objeto de un temprano tratamiento específico desde el Derecho Internacional. El hecho de que la primera recomendación adoptada por la UNESCO el 5 de diciembre de 1956 en el marco de la Conferencia General de Nueva Delhi tuviera por objeto la definición de los principios internacionales que deben aplicarse a las excavaciones arqueológicas pone de manifiesto la esencialidad de las actividades de investigación arqueológica en la configuración normativa de este patrimonio. La Recomendación no explicita un criterio para la definición. Con carácter general, la Recomendación expresa que sus disposiciones se aplicarían "a cualquier vestigio arqueológico cuya conservación entrañe un interés público desde el punto de vista

histórico o artístico", si bien introduce la referencia cronológica como criterio para graduar el interés presente en los bienes de cara a su conservación (puntos 2 y 3)[330]. Sin perjuicio de que se aborden otras cuestiones conexas, el grueso de las disposiciones de la Recomendación se refiere a la ordenación y gestión de las excavaciones arqueológicas, definidas en sentido amplio como "todas aquellas *investigaciones* que tengan por finalidad el descubrimiento de objetos de carácter arqueológico", lo que incluiría tanto excavaciones propiamente dichas como exploraciones sistemáticas superficiales (punto 1). La finalidad de la regulación es, en primer término, garantizar la función científica de estos bienes: por ello exige adecuada cualificación de quienes desarrollan estas actividades y su sujeción a autorización administrativa (puntos 5.a) y 19); propone el acceso de la comunidad científica a las excavaciones (punto 22), a los materiales y objetos descubiertos[331] así como la necesaria difusión de la información científica generada[332]. El sentido último de la actividad de los poderes públicos en el ámbito arqueológico se cifra en la rentabilización en términos educativos de las actividades y bienes arqueológicos[333].

---

[330] En este sentido, la Recomendación propone manejar un criterio amplio de interés público en lo relativo a la comunicación de hallazgos, en tanto que admite un concepto más restringido, vinculado a la posesión de cierta antigüedad a la hora de decidir sobre la conservación de los vestigios.

[331] Puntos 10 y 23.b) de la Recomendación sobre la importancia de la constitución de colecciones que permitieran el desarrollo de investigaciones comparativas, esenciales en la concepción de la Arqueología de la época; o punto 23, letras c) y d) sobre la circulación de objetos arqueológicos a los fines de estudio.

[332]Puntos 24.b) y 25 de la Recomendación, sobre publicación de resultados y sobre acceso a la documentación generada, respectivamente.

[333] Puntos 11 y 12 de la Recomendación.

El primer instrumento internacional vinculante, el Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico (CEPPA) de 6 de mayo de 1969, concluido en el seno del Consejo de Europa, define su ámbito como "los vestigios y objetos o cualesquiera otras trazas de manifestaciones humanas que constituyan un testimonio de épocas y de civilizaciones *cuya principal*, o una de las principales, *fuente de información científica está asegurada por excavaciones y descubrimientos*" (art.1). El Convenio renuncia a emplear un criterio cronológico o "anticuarista" para caracterizar los bienes arqueológicos y pone, en su lugar, el acento en la metodología empleada, si bien serán, por regla general, bienes "antiguos" los que cumplan con el requisito de que su principal fuente de información venga asegurada por las vías indicadas. Por otra parte, implícitamente admite la concurrencia del interés arqueológico con otro tipo de intereses culturales.

En cualquier caso, la singularidad de estos bienes del pasado reside en la aplicación de determinados procedimientos para su análisis (cifrados sintéticamente en la idea de excavaciones) o en la emergencia de restos por un evento casual (descubrimientos) que determinan la producción de información científica sobre el hombre y sus comunidades. En este sentido, desde el preámbulo se afirma que "el punto de partida de esa protección debería ser la aplicación de los métodos científicos más rigurosos a las investigaciones o descubrimientos arqueológicos con el fin de preservar su plena significación histórica". Esta finalidad permea el régimen jurídico de protección cuyas principales determinaciones son, de una parte, la necesidad de delimitación de yacimientos y lugares arqueológicos y la constitución de zonas de reserva para excavaciones futuras (art. 2), y de otra, controlar la cualificación de quienes realicen excavaciones arqueológicas y la persecución de las actividades clandestinas (art. 3).

El específico valor cultural de estos bienes se traduce en la formulación de diversas obligaciones en orden a la difusión del conocimiento e información arqueológica (arts. 4 y 5).

Interesa detenerse brevemente en la revisión del Convenio Europeo del Patrimonio Arqueológico (CEPPAr), adoptada en La Valetta el 16 de enero de 1992. El nuevo Convenio redefine el ámbito de protección, superando la perspectiva tradicional, anclada en los objetos y elementos singulares, en favor de una consideración holística más acorde con la actual concepción de la Arqueología. En este sentido, contempla todos los vestigios, objetos o cualesquiera otras trazas de la humanidad de épocas pasadas "cuya preservación y estudio contribuya a recrear la historia de la humanidad y *su relación con el entorno natural*" (art. 1.2.i). El contexto, de este modo, pasa a ser contemplado como objeto de protección, como reitera la enumeración, no exhaustiva, de bienes que integran el Patrimonio Arqueológico que se contiene a continuación (art. 1.3).

En cuanto a las actividades de investigación, cuya incidencia identifica los bienes arqueológicos, la nueva definición completa la clásica referencia a excavaciones y descubrimientos con una mención a "otros métodos de investigación sobre la humanidad y su entorno" (art.1.2.ii). El peso creciente de esas otras técnicas se manifiesta en la formulación del principio de preferencia por métodos de investigación no destructivos al tratar las obligaciones de los poderes públicos en el control y gestión de las actividades arqueológicas (art. 3.i.b, primer inciso)[334]. La dimensión integral y global del Patrimonio

[334] El nuevo Convenio asume en este punto las recomendaciones contenidas en la Carta internacional para la gestión del Patrimonio Arqueológico de 1990 (Carta de Lausanna), adoptada por el ICOMOS, donde se expone la

Arqueológico, su imbricación con el espacio físico en el que se asienta, encuentra también reflejo en la preocupación del nuevo convenio por incorporar la perspectiva arqueológica en el diseño de políticas de planeamiento y de ordenación territorial, así como, en los instrumentos de evaluación ambiental (art. 5. i, ii y iii)[335]. En este sentido, exige una suficiente asignación de recursos temporales y financieros que permitan el apropiado estudio científico de los yacimientos así como la publicación de los hallazgos (art. 5.ii.b). Igualmente, establece que la dotación de medios materiales para la arqueología de rescate cubra desde los primeros estudios preliminares hasta la completa publicación y registro de los hallazgos efectuados (art. 6.ii.b).

La Convención UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (CPPCS), de 2 de noviembre de 2001, en vigor desde el 2 de enero de 2009, aporta también elementos que refuerzan la funcionalidad científica del Patrimonio Arqueológico como elemento clave para su configuración normativa. La Convención plantea un ámbito material de aplicación muy amplio constituido por "todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter

---

preferencia por técnicas no destructivas frente a la excavación, de manera que se inflija al Patrimonio Arqueológico el "deterioro mínimo indispensable" para alcanzar los objetivos científicos o de conservación que se hubieran proyectado. La excavación, como última ratio, encuentra su ámbito de preferente utilización en sitios y yacimientos amenazados de destrucción física (art. 5 Carta).

[335] La revisión del Convenio positiviza así parte de las disposiciones de la Recomendación N. (89) 5, relativa a la protección y promoción del patrimonio arqueológico en el contexto de la ordenación urbanística y del territorio, adoptada el 13 de abril de 1989, donde se plantea la necesidad de que los arqueólogos tengan una intensa participación en los procedimientos de formulación de planes y de evaluación de impacto, y sugirió la celebración de convenios entre empresas promotoras y arqueólogos y gestores en orden a la clarificación de las respectivas responsabilidades y obligaciones.

cultural, histórico o arqueológico" y que hayan permanecido sumergidos durante al menos cien años (art. 1.a). La referencia cronológica no respondería a la asunción de la antigüedad como criterio determinante del carácter histórico o arqueológico, sino a la búsqueda de un equilibrio entre la preservación de las titularidades sobre los bienes sumergidos y la protección del interés cultural mediante la exclusión de estos bienes del tráfico económico. En este sentido, los cien años que fija la Convención pueden interpretarse como un plazo convencional a partir del cual "decaen" las titularidades preexistentes, congruente con el carácter de *res extra commercium* del Patrimonio Cultural Subacuático que determina la Convención[336]. Hecha esta apreciación, sin embargo, es incuestionable que la fijación convencional de este plazo temporal para determinar el ámbito de aplicación de la Convención deja fuera del marco jurídico de protección diseñado restos de incuestionable valor histórico y cultural, pese a su menor antigüedad[337]. En otro orden de consideraciones, las referencias al carácter cultural, histórico o arqueológico no se traducen en una diversidad de regímenes jurídicos: el ámbito material contemplado es uno y, como se verá, se cohesiona a través de la finalidad científica que ha de inspirar las actividades de que son objeto. La Convención se proyecta así sobre cualquier vestigio o resto humano, lo que se deduce *a*

---

[336] El art. 2.7 y la Norma 2 del Anexo de la Convención prohíben que el patrimonio cultural subacuático sea objeto de explotación comercial; sobre el destino patrimonial de estos bienes v. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.4.2. Sobre los problemas que este tipo de decisiones pueden traer consigo cuando se aplican a hallazgos de apariencia reciente, v. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.3.1.1.

[337] V. en este sentido, la crítica de E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Patrimonio sumergido: claves de su régimen jurídico", *PC y D*, núm. 12, 2008, págs. 31-32.

contrario sensu de la explícita exclusión de determinados bienes, justificada por el mantenimiento del valor de uso original[338]. La Convención opta deliberadamente por una definición holística, con inclusión explícita de los contextos arqueológico y natural (art.1.a.i y ii. CPPCS), que legitime, en términos amplios, la actuación de los Estados y evite cualquier resquicio legal que pudiera dar pie a la intervención de las empresas de hallazgos marítimos, principales depredadoras de estos bienes[339].

A pesar de que el Patrimonio Cultural Subacuático presente singularidades por razones obvias de ubicación y contexto, responde conceptualmente a las características del Patrimonio Arqueológico por cuanto su configuración normativa, junto a la preservación física de estos bienes, se endereza a salvaguardar su funcionalidad científica como fuente de conocimiento histórico o, más ampliamente, cultural. En este sentido, el principal aporte de la Convención, junto al diseño de un mecanismo de cooperación internacional entre los Estados firmantes para la preservación y gestión de los bienes culturales ubicados fuera de las aguas de jurisdicción nacional, consiste en la positivación de una serie de normas en el Anexo relativas a "las actividades dirigidas al

---

[338] La Convención excepciona del ámbito de aplicación los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar (art. 1.b) CPPCS) y las instalaciones aún en uso (art. 1.c) CPPCS). La exclusión de estos bienes del régimen de la Convención refuerza la idea de que la referencia a los cien años al delimitar el concepto de Patrimonio Cultural se conecta con la presunción de decaimiento de los derechos de los titulares originarios.

[339] De ahí que de este lucrativo sector o de juristas alineados con los intereses de estas empresas, procedan las mayores críticas a la definición del Patrimonio Cultural Subacuático. Así se ha hablado de una "*over-inclusive definition*", respecto al primer borrador de la Convención, en BEDERMAN, D. J.: "The UNESCO Draft Convention..." cit., págs. 332-334.

patrimonio cultural subacuático" (art. 1.6 CPPCS), que todos los Estados firmantes se comprometen a aplicar, aún tratándose de bienes ubicados en espacios marítimos o en aguas interiores sometidas a su plena soberanía (art. 7.2 CPPCS). En línea con los instrumentos anteriormente comentados, a título de ejemplo pueden citarse la formulación del principio de preferencia por las técnicas no destructivas de exploración (norma 4), la sujeción a autorización de todas las actividades (norma 9), la exigencia de un proyecto previo en el que, entre otras cuestiones, se exponga la metodología a emplear y el programa de publicaciones previsto (norma 10), la dirección y control por un "arqueólogo subacuático cualificado que tenga la competencia científica adecuada a la índole del proyecto" (norma 22).

3.2. El concepto normativo del Patrimonio Arqueológico en la LPHE y su recepción en la legislación autonómica

El Patrimonio Arqueológico, junto al Patrimonio Etnográfico y el Documental y Bibliográfico, constituye uno de los llamados "patrimonios especiales" de la LPHE, a cuya regulación se consagran títulos específicos. La LPHE se ocupa del Patrimonio Arqueológico en el Título V (arts. 40-45), que se abre con la definición de los bienes que integran este sector del Patrimonio Histórico o Cultural. Según el art. 40.1 LPHE, forman parte del Patrimonio Histórico Español:

> "[…] los bienes muebles e 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."

La referencia que permite aglutinar funcionalmente bienes que son diversos desde la perspectiva de su situación patrimonial, sus características físicas o la localización en que se ubican es el uso actual o potencial de la metodología arqueológica para su estudio. Se analizan, a continuación, los elementos que integran la definición que efectúa el legislador y las consecuencias derivadas de la positivación del criterio de la metodología arqueológica en la configuración normativa del Patrimonio Arqueológico y de su tutela jurídica.

3.2.1. La aplicación de la metodología arqueológica como criterio identificativo de una porción del Patrimonio Cultural y como clave de la funcionalidad cultural de estos bienes

Plantea R. ALONSO la distinción entre las ideas de *interés* cultural y de *valor* cultural referidas al Patrimonio Histórico. Con la noción de interés se alude a cada uno de los criterios enumerados en el art. 1.2 LPHE, manifestaciones diversas de un genérico interés cultural, que permiten identificar un conjunto de bienes materiales sobre los que se proyecta un régimen jurídico. En cambio, la idea de valor cultural expresa la aptitud de los bienes identificados con arreglo a los diversos intereses para constituir un instrumento o

medio para la satisfacción de necesidades culturales colectivas[340]. Según la autora, la tutela jurídica del Patrimonio Cultural no se orienta propiamente a la protección de los intereses culturales, sino de su valor cultural, es decir, a garantizar su función como instrumentos de promoción cultural, lo que necesariamente pasa por la conservación de estos bienes al constituir el imprescindible soporte material para la realización de esa tarea[341]. Asumiendo esta distinción, el valor cultural, que es común a todos los bienes del Patrimonio, puede demandar un régimen jurídico específico de tutela para algunos de ellos en función de la variedad o tipo de interés que los identifica.

De entre todos los intereses citados que pueden caracterizar el Patrimonio Histórico de acuerdo con el art. 1.2 LPHE, el legislador sólo ha procedido a definir el interés arqueológico y los intereses documental y bibliográfico. A su vez, el interés arqueológico presenta la particularidad de definirse por referencia a la aplicación de una metodología científica –la propia de la disciplina arqueológica- necesaria para el estudio de ciertos bienes[342]. A diferencia de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 y de los restantes antecedentes, y separándose del criterio que acogía el Proyecto de Ley para la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico

---

[340] V. M. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico: destino público y valor cultural,* cit., págs. 137-138.

[341] *Ibidem*, págs. 141-144. La inclusión de la referencia a la metodología arqueológica, como criterio definidor del interés, se produce en el Congreso en fase de ponencia, merced a la aceptación de una enmienda propuesta por el Partido Socialista, da cuenta de ello J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español,* cit., pág. 734.

[342] V. M. A. QUEROL MARTÍNEZ y B. MARTÍNEZ DÍAZ, *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España,* Ed. Alianza, Madrid, 1996, pág. 40.

de 1981, la LPHE prescinde de toda referencia temporal o cronológica en la caracterización de los bienes arqueológicos, superando el vínculo con la idea de "antigüedad". La legislación autonómica ha hecho suya, en términos prácticamente idénticos, la definición del interés arqueológico de los bienes por relación al criterio de la metodología[343]. En línea con las modernas formulaciones de la Arqueología, desaparecen las fronteras cronológicas en la consideración del Patrimonio Arqueológico, de modo que en éste se integraría cualquier rastro material de la civilización en tanto que requiera para su análisis e interpretación la utilización de métodos y técnicas arqueológicas. Una idea de la extensión diacrónica del Patrimonio Arqueológico la ofrecen la invocación en algunas leyes autonómicas de manifestaciones del pasado más reciente de nuestra sociedad mediante referencias a la Arqueología industrial[344] o la Ley 52/2007, de 26 de diciembre –más conocida como Ley de la Memoria Histórica-, que remite a la normativa de Patrimonio Histórico la autorización de las actividades de prospección encaminadas a la localización de restos de las víctimas[345].

---

[343] Así, la LPCV (art. 43); LPCCat (art. 46.1); LPCG (art. 55.1); LPCVal (art. 58.1); LPHM (art. 39); LPCCant (art. 75); LPHB (art. 49.1); LPCAr (art. 65.2); LPHCan (art. 60); LPHCExt (art. 49.1); LPCAs (art. 61); LPCCyL (art. 50.1); LPCHALR (art. 55.1); LFPCNa (art. 55.1); LPCMu (art. 54.2); LPHA 2007 (art. 47). Todas ellas aluden a la "metodología arqueológica", al "método arqueológico" o al uso de "técnicas arqueológicas".

[344] Es el caso de la LPHC-LM (art. 22.1) y LPCCant (art. 75).

[345] V. Art. 13.1 Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

El afán de precisión del legislador no alcanza al punto de explicitar a través de qué procedimientos se concreta la metodología arqueológica, lo que hace depender en última instancia la configuración del Patrimonio Arqueológico de los cambios que experimente la Arqueología en la consideración de su propio objeto de estudio[346]. Si se anuda la contingencia del ámbito de lo arqueológico a la eficacia *ex lege* de algunas determinaciones del régimen jurídico de este Patrimonio[347] es forzoso reconocer la inseguridad jurídica en que pueden encontrarse los destinatarios de ciertas disposiciones. Dejando de lado esta cuestión, interesa ahora subrayar cómo los bienes arqueológicos no constituyen una realidad material diversa a la que describen los restantes intereses que integran el concepto de Patrimonio Histórico o Cultural, sino que su singularidad proviene del medio empleado para su conocimiento[348].

---

[346] Se trata, en cualquier caso, de una nota común a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural o Histórico, al remitir su configuración a disciplinas y materias extrajurídicas a través de conceptos jurídicos indeterminados, variables en su consideración e interpretación y, por tanto, susceptibles de encarnarse en distintos bienes en cada momento; v. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, cit., págs. 201-202 y desde una perspectiva no jurídica J. BALLART, *El patrimonio histórico…*, cit., pág. 58.

[347] Es el caso de los deberes de comunicación, recogida o custodia de los bienes descubiertos en el caso de los hallazgos casuales que se hacen recaer sobre el descubridor (arts. 44.1, 2 y 4 LPHE), cuyo incumplimiento puede determinar, además de la pérdida del derecho al premio, la exigencia, en su caso, de responsabilidades (art. 76.1.a LPHE). Estos deberes se recogen igualmente en las leyes autonómicas y se complementan con una regulación más precisa del deber de paralización de los trabajos cuando el hallazgo casual se produzca en el curso de una obra.

[348] V. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico,* cit., págs. 205-206. Por su parte, J. GARCÍA FERNÁNDEZ señala la aplicación de la metodología arqueológica como la perspectiva "instrumental" que articula el concepto de Patrimonio Arqueológico, junto a la "material" (los bienes muebles e inmuebles sobre los que recae) y la "descriptivo-funcional" (la regulación de excavaciones, prospecciones y hallazgos casuales), en "La nueva legislación española sobre Patrimonio Arqueológico", en *Estudios sobre el Derecho*

Los bienes sobre los que se proyecta la metodología arqueológica son, en la redacción del art. 40.1 LPHE, "*de carácter histórico*". El adjetivo "histórico" se emplea aquí, en el mismo sentido con el que rotula la Ley 16/1985, es decir, como sinónimo de cultural y síntesis de la variedad de intereses que caracterizan el conjunto de bienes sobre los que se proyecta esta normativa[349]. En este sentido, en la medida en que la Arqueología pretende un conocimiento global del pasado del hombre, orienta su investigación hacia manifestaciones materiales que pueden ser, a su vez, objeto de atención de otras disciplinas y encarnar diversos intereses culturales[350]. De hecho, la asociación del interés arqueológico con otros intereses de orden cultural ha sido una constante desde los inicios de la Arqueología, siendo la más temprana la que se establece entre ésta y la Historia del

---

del Patrimonio Histórico, Ed. Fundación Registral, 2008, págs. 537-538 (publicado originalmente en *Revista de Derecho Público,* núm. 107, 1987, págs. 365-369).

[349] Sobre la diversa significación que reviste el adjetivo "histórico" – amplia o restringida- en la LPHE, v. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación...,* cit., pág. 233.

[350] Algunas leyes autonómicas dan cuenta mejor del carácter concurrente del interés arqueológico, como consecuencia del papel instrumental de la metodología arqueológica. Así la LPCVas: "(i)ntegran el patrimonio arqueológico del pueblo vasco todos aquellos bienes muebles e inmuebles poseedores *de algunos de los valores mencionados en el artículo 2 de la presente ley, cuyo estudio requiera la aplicación de la metodología arqueológica*" (art. 43); la LPCVal: "bienes inmuebles, objetos, vestigios y cualesquiera otras señales de manifestaciones humanas que tengan los *valores propios del patrimonio cultural y cuyo conocimiento requiera la aplicación de métodos arqueológicos...*" (art. 58.1); la LPHM: "bienes muebles e inmuebles de *carácter cultural e histórico para cuyo estudio es preciso utilizar metodología arqueológica...*" (art. 39), la LPHB: "bienes muebles e inmuebles en los cuales concurren *alguno de los valores del artículo 1 de la presente Ley, el estudio de los cuales requiere la aplicación de metodología arqueológica...*" (art.49.1), la LPCHALR: "bienes muebles e inmuebles poseedores de *alguno de los valores mencionados en el artículo 2.1 de la presente Ley, cuyo estudio requiera la aplicación de la metodología arqueológica*…" (art. 55.1); la LFPCNa "bienes muebles e inmuebles *de carácter histórico conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley Foral, que resulten susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica*" (art. 55.1).

Arte, para irse extendiendo de forma progresiva a otras manifestaciones del avatar cultural del hombre. La imbricación del interés arqueológico con otros intereses culturales se manifiesta en la posibilidad de que figuras de protección no específicamente arqueológicas atiendan al interés arqueológico, junto a otros intereses culturales, como fundamento para su declaración[351] o en que se explicite la compatibilidad de figuras específicas de protección arqueológica con la proyección sobre el espacio de otro tipo de declaraciones de protección[352]. Por otra parte, el desarrollo de técnicas de análisis de materiales y estructuras constructivas en el marco de la Arqueología ha propiciado un uso instrumental de éstas como parte de los estudios y evaluaciones previas a cualquier proyecto de intervención o restauración de bienes culturales[353].

La inclusión de la metodología arqueológica en la definición normativa de Patrimonio Arqueológico revela, no obstante, una importante singularidad en el contexto del Patrimonio Cultural: la insuficiencia del mero soporte material de los objetos y restos físicos para que pueda realizarse su valor cultural, es decir, para que constituyan un instrumento para la satisfacción de necesidades

---

[351] Por ejemplo, en Andalucía, el interés arqueológico se menciona entre la variedad de intereses que justifica la declaración de monumentos, conjuntos históricos o sitios históricos en Andalucía (v. art. 26.1, 2 y 4 LPHA 2007).

[352] Así, lo refleja, por ejemplo el art. 11.1.e) LPCAs respecto a la zona arqueológica o el art. 65.2.a) de la misma norma, que prevé la delimitación de espacios de protección arqueológica dentro de inmuebles o áreas que ya han sido objeto de declaración como bienes de interés cultural o bienes inventariados.

[353] En este sentido, L. SÁNCHEZ-MESA subraya la conexión de la formulación del proyecto de restauración con la fase de investigación y estudio de la obra objeto de intervención, v. *La restauración inmobiliaria en la regulación del patrimonio histórico,* número 10 monográfico de la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación,* 2004, pág. 316.

culturales colectivas, conforme a la distinción entre interés y valor cultural planteada por R. ALONSO. Si bien es cierto que, con carácter general, la eficacia del valor cultural del Patrimonio requiere la intervención del gestor para su *puesta en valor*[354], en el caso del Patrimonio Arqueológico, además, es *absolutamente imprescindible* que medie una intervención técnica –conforme a un método- para que tales bienes desplieguen plenamente su significación cultural e histórica[355]. De ahí que, en el Patrimonio Arqueológico las nociones de interés arqueológico y valor cultural presenten una singular imbricación.

Esta característica de los bienes arqueológicos se revela de manera progresiva en la propia legislación histórica en la que, si bien se han asociado conceptualmente a la idea de *antigüedad,* el régimen jurídico ha cristalizado en torno al control administrativo de las actividades de búsqueda e investigación sobre tales bienes. La garantía de la integridad de la significación cultural del Patrimonio Arqueológico asegurando la aplicación de una metodología rigurosa constituye igualmente la clave de bóveda de la regulación del Derecho Internacional. En este sentido, ni el criterio empleado en la definición del ámbito de protección del CEPPA ni nuestro artículo 40.1 LPHE son ajenos a las reflexiones vertidas en el conocido

---

[354] La puesta en valor se cifra en un papel activo de los poderes públicos para garantizar el acceso a la cultura a través de los bienes del Patrimonio Cultural, v. M. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico...,* cit., págs. 125-131.

[355] Sobre la necesidad de mediación del experto, v. J. BALLART, *El Patrimonio Histórico...,* cit., págs. 98, 102. Por su parte, I. RODRÍGUEZ TEMIÑO señala como la positivización de la metodología arqueológica como criterio identificativo del Patrimonio Arqueológico expresa "la función desempeñada por la investigación científica en su valorización", en "Notas sobre la regulación de las actividades arqueológicas", *PC y D,* núm. 13, 2009,pág. 87.

informe de la Comisión Franceschini en Italia, particularmente en su Título II, acerca del sentido de la tutela del Patrimonio Arqueológico -viabilizar la investigación-, y su recomendación de emplear un criterio técnico en la definición de estos bienes en lugar del tradicional criterio cronológico[356].

La mención a la metodología arqueológica en el artículo 40.1 LPHE posee, de este modo, un doble carácter: de una parte, es una *referencia descriptiva* para acotar la realidad objetiva a partir de la proyección de ciertas actividades de investigación sobre una serie de bienes y restos físicos; de otra parte, introduce un *elemento teleológico específico* en la tutela de este Patrimonio que se cifraría en una ordenada gestión de los bienes y de las actividades de investigación que atraen para garantizar su plena significación cultural con la imprescindible mediación de los técnicos en la disciplina.

A partir de esta clave, es como debe ser interpretado el conjunto de disposiciones que, de manera singular, afectan a estos bienes. Ciertamente, si se prescinde de esta específica funcionalidad, a los objetos y vestigios que integran el Patrimonio Arqueológico les es dispensable el régimen general propio de los bienes del Patrimonio Cultural. Esto es, sobre los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico son igualmente aplicables las figuras que, en atención a la presencia de un interés cultural cualificado o de mayor relevancia, atraen un régimen jurídico enderezado, en primera instancia, a preservar su integridad física y, de modo

---

[356] V. "*Relazione della Commisione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artístico e del paesaggio*" *RTDP,* vol. 1966, págs. 119-244

principal, garantizar su papel como instrumento para la realización del principio enunciado en el art. 44 CE de acceso a la cultura (acceso de investigadores, régimen de visitas o depósito, etc). En este sentido, una pieza arqueológica de excepcional valor podrá ser objeto de una declaración como bien de interés cultural o cualquiera de las figuras específicas contempladas en la legislación autonómica, de modo análogo a como puede serlo una obra pictórica o un edificio singular. Pero, sin perjuicio de que el Patrimonio Arqueológico forme parte del Patrimonio Cultural y, en consecuencia, el régimen general de protección y valorización de sus elementos más relevantes le sea de aplicación, su funcionalidad específica lo hace acreedor de un régimen singular que dota de entidad jurídica a este patrimonio especial.

3.2.2. Patrimonio Arqueológico e interés paleontológico: la consideración de los bienes paleontológicos en la legislación del Patrimonio Cultural

Una de las cuestiones que se plantea al hilo de la configuración normativa del Patrimonio Arqueológico es la determinación del tratamiento dispensado por el legislador a los bienes de interés paleontológico. La falta de sistematicidad y ambigüedad del legislador origina no pocas dudas respecto a la consideración que la legislación del Patrimonio Cultural realiza de estos bienes. Se hace necesario determinar en qué medida los restos de carácter paleontológico, a los que se refiere la definición del Patrimonio Arqueológico en el art. 40.1 LPHE, se relacionan con estos bienes y, por otra parte, en qué medida el Patrimonio Paleontológico se integra dentro de la disciplina del Patrimonio Cultural.

Desde el punto de vista científico, es obvio que Paleontología y Arqueología constituyen dos disciplinas epistemológicamente muy diversas y con ámbitos de estudio claramente diferenciados. Si la Arqueología estudia el pasado del hombre a través del análisis de sus producciones materiales y del espacio habitado, la Paleontología estudia el pasado de la vida sobre la Tierra a través de los fósiles; si la primera se encuentra a medio camino entre las humanidades y las ciencias sociales, la segunda se enmarca en las ciencias naturales y comparte fundamentos y métodos con la Geología y la Biología. Sin embargo, bienes arqueológicos y bienes paleontológicos comparten características que los aproximan funcionalmente: en ambos casos, se trata de bienes que ilustran sobre el pasado y que, merced a la aplicación de métodos de investigación propios a las disciplinas indicadas, constituyen una fuente para la generación de conocimiento. Existen algunas analogías por la fragilidad e irrepetibilidad de los bienes que integran estos patrimonios –aunque son notas más acusadas en el Patrimonio Arqueológico que en el Paleontológico, algunos de cuyos bienes se encuentran en cantidades inagotables-, por la importancia que reviste para la Arqueología y la Paleontología el análisis de los contextos en que se encuentran los elementos singulares, por el riesgo de pérdida de información científica significativa que comportan aquellas intervenciones que alteren los contextos en los que se ubiquen los bienes, etc… Todas estas consideraciones permitirían sostener que, aunque los bienes paleontológicos no tengan origen *antrópico* y, por tanto, no integren la noción de cultura material, sí puedan tener *valor cultural* en la medida en que a través de su preservación e investigación se garantiza el *acceso a la cultura,* poseen aptitud para satisfacer ciertas necesidades culturales. Esta idea está presente en el Derecho

Internacional, que ha hecho extensiva algunas de sus determinaciones a estos bienes[357]. Por otra parte, aunque la Paleontología se ocupa frecuentemente de un pasado más remoto que el que interesa a la Arqueología, en ocasiones las dos disciplinas concurren en el análisis de un mismo segmento temporal que se concreta en un espacio físico o contexto común, exigiendo un análisis interdisciplinar. La Paleontología, por tanto, puede colaborar con la Arqueología aportando información sobre las relaciones del hombre con el medio en épocas remotas de la presencia de nuestra especie sobre la Tierra.

La LPHE cita el interés paleontológico en el elenco de intereses que caracterizan a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico (art. 1.2 LPHE), pese a que su preámbulo se refiera a éste como "el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea". La LPHE, en este punto, no resulta completamente innovadora, puesto que la referencia a los bienes paleontológicos se encontraba ya en la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911[358] o, más claramente, en el Real Decreto-Ley del Tesoro Artístico Arqueológico Nacional

[357] Así, con carácter general, los instrumentos internacionales para la lucha contra la exportación y transferencia ilícita de la propiedad de bienes culturales, y la normativa comunitaria contemplan en su ámbito las colecciones y ejemplares singulares de bienes paleontológicos y, en general, de restos y objetos de interés para las ciencias naturales.

[358] El art. 1, 2º párrafo de la Ley de Excavaciones y Antigüedades establecía que quedaban también sometidas a las determinaciones de la ley "[…] las excavaciones que se hicieren en busca de restos paleontológicos, siempre que en ellas se descubrieren objetos correspondientes a la arqueología".

de 1926[359] y tampoco descuidaba su mención el Proyecto de Ley para la Defensa del Patrimonio Histórico-Artístico de 1981[360]. Pero lo que la LPHE no despeja con claridad es el alcance con el que el legislador contempla el Patrimonio Paleontológico: si como parte integrante del Patrimonio Cultural a todos los efectos o sólo en la medida en que los bienes paleontológicos sean objeto de una investigación arqueológica. En este sentido, se ha defendido que la legislación del Patrimonio Cultural sólo debe ocuparse de estos bienes en la medida en que su estudio venga exigido por los contextos de los restos arqueológicos de origen humano, en cuyo caso los bienes paleontológicos forman parte del Patrimonio Arqueológico, tal y como plantea el art. 40.1 LPHE. Fuera de este supuesto, el lugar normativo del Patrimonio Paleontológico se encontraría en la legislación del Patrimonio Natural[361]. La legislación ambiental, en efecto, también se ha ocupado del Patrimonio Paleontológico, particularmente, en la regulación de los espacios naturales, donde la figura del *monumento natural* brinda protección a los yacimientos paleontológicos[362]. Este dato no impide constatar que la LPHE

---

[359] El art. 2.c) del Real Decreto-Ley de 1926 contemplaba como parte del Tesoro, junto a yacimientos y objetos prehistóricos o arqueológicos, yacimientos y objetos de interés paleontológico.

[360] Artículos 45 y 46 del Proyecto.

[361] V. M. A. QUEROL y B. MARTÍNEZ DÍAZ, *La gestión del Patrimonio Arqueológico*…cit., págs. 302-305.

[362] La Ley 42/2007, de 13 de diciembre de Patrimonio Natural y Biodiversidad, contempla -como hiciera anteriormente la Ley 4/1989, de 29 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre - los fósiles y los yacimientos paleontológicos dentro de su ámbito material. Así, los fósiles integran, junto a otros elementos, el Patrimonio Geológico (art. 3, apartado 28) y se prevé la figura del monumento natural para la protección de yacimientos paleontológicos (art. 33.2). La legislación autonómica de espacios naturales desarrolla las previsiones de la legislación básica estatal.

contiene alguna otra referencia de la que se podría inferir una consideración autónoma del Patrimonio Paleontológico, más allá de su inclusión en contextos arqueológicos. En concreto, el tipo de BIC inmueble *sitio histórico* puede ser de aplicación a "creaciones culturales *o de la naturaleza* y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, *paleontológico* o antropológico" (art. 15.4 LPHE)[363]. La autonomía del interés paleontológico respecto al interés arqueológico a efectos de su inclusión en el Patrimonio Histórico también podría entenderse confirmada por la propia redacción del artículo 1.2 LPHE, que los enumera diferenciadamente. Pero, con la salvedad de estas disposiciones, la LPHE sólo vuelve a tratar los restos paleontológicos en el Título V, al regular el Patrimonio Arqueológico. De ahí que, inevitablemente, se alce la duda de si el legislador estatal ha querido proyectar la disciplina del Patrimonio Arqueológico sobre estos bienes en todo caso (en especial, la sujeción a autorización de las actividades de investigación[364] o el régimen de dominio público de los hallazgos[365]) o sólo en la medida en que se relacionan con el hombre y forman parte del Patrimonio

---

[363] La figura del sitio histórico ha sido efectivamente empleada para la protección de yacimientos paleontológicos del período cámbrico en Aragón (v. Decreto 119/1997, de 8 de julio) o de icnitas (huellas de dinosaurio) en La Rioja (v. Decreto 34/2000, de 23 de junio)

[364] El artículo 41.1 LPHE señala que son excavaciones arqueológicas "las remociones… que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos *o paleontológicos*, así como los componentes geológicos con ellos relacionados". El uso de la disyuntiva podría abonar la interpretación de que el legislador ha querido, en todo caso, sujetar a autorización administrativa las excavaciones paleontológicas estrictas, si se entendiera que los restos paleontológicos se citan aquí como alternativa a los restos históricos o culturales, es decir, de origen humano. De todos modos, la LPHE cita el interés paleontológico como configurador del Patrimonio Histórico por lo que, en buena lógica, tampoco cabría oposición o alternatividad entre ambos intereses.

[365] V. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.2.2.

Arqueológico, de acuerdo con el planteamiento que ofrece el artículo 40.1 LPHE al inicio del Título. En última instancia, el *valor cultural* predicado de los bienes paleontológicos, así como las similitudes en cuanto a los riesgos que amenazan su integridad y funcionalidad justificarían una extensión al Patrimonio Paleontológico de las técnicas arbitradas para la tutela del Patrimonio Arqueológico. Pero esta justificación no puede suplir la necesidad de unas determinaciones más precisas por el legislador al establecer un régimen que, por su eficacia restrictiva –exigencia de títulos habilitantes para la realización de actividades privadas, régimen sancionador, afectaciones a la propiedad privada o a la libertad de investigación-, demanda una clara habilitación de la actuación administrativa por una norma con rango de ley.

Las Comunidades Autónomas, como instancias sobre las que recae ordinariamente la gestión del Patrimonio Cultural, han tenido en sus manos la clarificación del régimen jurídico del Patrimonio Paleontológico. Téngase en cuenta que, con independencia de la interpretación que se sostenga sobre el régimen del Patrimonio Paleontológico querido por el legislador estatal, la LPHE expresa la posición del Estado, con base en el título de defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la exportación y la expoliación (art. 149.1.28 CE), por la que fija el *ámbito material mínimo* que debe ser objeto de protección[366]. De ahí que las Comunidades Autónomas sean plenamente competentes para explicitar por vía legislativa la protección del Patrimonio Paleontológico en términos

[366] V. Capítulo I, epígrafe 1.3.

eventualmente más amplios que los previstos en la LPHE[367], con la salvedad que se hará respecto al alcance del dominio público contemplado en el artículo 44.1 LPHE[368]. En este sentido, interesa recordar cómo la STC 103/1988 reconoció tempranamente que las Comunidades Autónomas podían definir el ámbito material sobre el que se proyecta su competencia en materia de Patrimonio Cultural[369].

La respuesta autonómica ha sido diversa en este punto, de forma que, mientras algunas de ellas han venido a reproducir o a asumir los confusos términos de la LPHE o, prácticamente, han obviado toda referencia al interés paleontológico como caracterizador del Patrimonio Cultural o Arqueológico[370], en otras se puede deducir con más claridad la voluntad de incardinar la tutela de estos bienes en el régimen del Patrimonio Cultural. Así se infiere, por ejemplo, de la creación de la *zona paleontológica* como tipología de bien cultural inmueble de protección máxima, distinta de la zona

---

[367] En el mismo sentido, v. J. BARCELONA LLOP, si bien el autor lo argumenta principalmente en la mención al interés paleontológico que efectúa la propia LPHE, v. "Patrimonios especiales: Patrimonio Paleontológico y Arqueológico. Patrimonio Etnográfico e Industrial" en VVAA (dir. POMED SÁNCHEZ, L.): *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés,* Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001, págs. 160-161.

[368] V. Capítulo III, epígrafe 3.2.1.

[369] V. Capítulo I, epígrafe 1.2.2.2.1.

[370] Es el caso de la LPHC-LM o la LPHA 1991, que no contienen una definición propia del Patrimonio Arqueológico, asumiendo la efectuada en la LPHE; la LPCCyL (art. 50.1); la LFPCN (art. 55.2); la LPHA 2007 (art. 47). Por su parte, la LPCVas no cita el interés paleontológico ni al definir el Patrimonio Cultural ni al especificar el Patrimonio Arqueológico. En estas leyes, las referencias a la búsqueda de restos paleontológicos al fijar el régimen de autorizaciones plantean las mismas dudas comentadas respecto a la LPHE.

arqueológica[371]. Esta voluntad se hace explícita en aquellas leyes que ofrecen una definición del Patrimonio Paleontológico, autónoma y expresamente diferenciada del Patrimonio Arqueológico[372].

Gran parte de las indeterminaciones y problemas que plantea el régimen jurídico del Patrimonio Paleontológico derivan de su naturaleza, a caballo entre el Patrimonio Natural y el Patrimonio Cultural, sin que el legislador se haya decidido a ubicar claramente

---

[371] La LPCCat (art. 7.2.g) ha sido pionera en la creación de la categoría de "zona paleontológica". La han seguido la LPCG (art. 8.4.g), la LPCVal (art. 26.1.A), LPHM (art. 9.2.h), la LPHB (art. 6.7), la LPHCan (art. 18.1.f), la LPCAr (art. 12.2. d) la LPHCex (art. 6.1.f) y la LPCHALR (art. 12.4.D). Sin embargo, la previsión de la zona paleontológica no se ha acompañado de un desarrollo normativo específico, determinando una aplicación analógica de las disposiciones de la zona arqueológica.

[372] Es el caso de la LPCVal, según la cual integran el Patrimonio Paleontológico "los bienes muebles y los yacimientos que *contengan fósiles de interés relevante*" (art. 58.2) y añade, con cuestionable técnica jurídica, que integran el dominio público de la Generalitat "*los restos y vestigios fósiles de vertebrados, cuando sean producto de hallazgos casuales y no conste su legítima pertenencia*" (art. 65.1); de la LPCAr, que define el Patrimonio Paleontológico como "los bienes muebles e inmuebles *susceptibles de ser estudiados con metodología paleontológica* [...] *que sean previos en el tiempo a la historia del hombre y de sus orígenes"* (art. 65.1). La LPHCan contiene un concepto de Patrimonio Paleontológico que incluye tanto elementos ajenos al hombre como relacionados con la investigación antropológica, al englobar "bienes muebles e inmuebles que *contienen elementos representativos de la evolución de los seres vivos, así como los componentes geológicos y paleoambientales de la cultura*" (art. 72.1). La LPCMu se refiere al "*conjunto de yacimientos, secciones fosilíferas, colecciones y ejemplares paleontológicos relacionados con el conocimiento de la historia evolutiva de la vida y que resulten de interés para la Región de Murcia, con independencia de su titularidad pública o privada*" (art.54.2). Un supuesto singular lo constituye la LPCAs, que sujeta supletoriamente a la disciplina cultural "*los bienes de interés geológico, paleontológico, botánico o biológico que hayan sido separados de su medio natural o deban ser conservados fuera de él y no estén protegidos con arreglo a su normativa específica*" (art. 1.3), que quedan incluidos a efectos de la ley dentro del Patrimonio Arqueológico (art. 61.2) y permite que reglamentariamente se establezca "*una normativa específica que, atendiendo a sus circunstancias específicas,* aplique el régimen de protección del patrimonio cultural a las áreas de interés geológico y paleontológico más relevantes*, aun cuando no se den en ellas las circunstancias a que hace referencia el apartado 3 del artículo 1 de la presente Ley*" (DA 7.ª). De tenor parecido, la LPCHALR contempla "*los objetos y muestras de interés paleontológico que hayan sido separados de su entorno natural o deban ser conservados fuera de él*" (art. 55.1).

en uno de los dos sectores su disciplina. La legislación ambiental aunque se refiere a estos bienes como parte del Patrimonio Natural y ofrece protección a los yacimientos paleontológicos a través de la figura del monumento natural, está más centrada en la protección de la biodiversidad y no atiende adecuadamente a las necesidades normativas particulares de este Patrimonio, en especial, las que derivan de constituir el soporte material de la investigación paleontológica[373]. La legislación cultural, por su parte, también contempla la protección de los yacimientos y permite la extensión instrumental del régimen arqueológico para el control y gestión de las excavaciones e intervenciones paleontológicas, justificada por razones de economía normativa y afinidad funcional con el Patrimonio Arqueológico. El tratamiento normativo, en cualquier caso, no es satisfactorio desde el punto de vista de la seguridad jurídica y plantea problemas en la gestión. Piénsese en la eventual concurrencia de los departamentos de medio ambiente y de cultura en la protección de un yacimiento, o en la exigencia de autorización para la realización de actividades de investigación –concurrencia posible si estas se desarrollan en un espacio declarado monumento natural-. Otras dificultades proceden de la falta de ajustes en la legislación cultural que tengan en cuenta características propias del Patrimonio Paleontológico. Así, la decisión de ubicar, con carácter general, la disciplina de las actividades paleontológicas en la Administración cultural no se ha visto suficientemente acompañada

[373] Así, el control administrativo de las actividades de investigación paleontológica que puedan suponer una alteración de los contextos o la recogida de materiales no se aborda desde la legislación ambiental. Sólo puntualmente se contempla, al tratar los monumentos naturales la prohibición de extracción de recursos, que puede ser excepcionada mediante autorización administrativa "por razones de investigación" (art. 33.3 Ley 42/2007).

de una adecuada dotación de medios técnicos y personales especializados que garanticen la realización del valor cultural de estos bienes desde el *específico* interés que incorporan y ha conducido *de facto* a una subordinación de su gestión a los enfoques científicos arqueológicos[374]. Por otra parte, la variedad de bienes que se integran en el Patrimonio Paleontológico –que abarca desde fósiles de invertebrados, que se encuentran en número prácticamente inagotable y en localizaciones territorialmente muy extensas, a restos de vertebrados, muy escasos- exigiría una cierta aquilatación, que reservara la disciplina del Patrimonio Cultural a bienes de características más singulares y limitara la policía administrativa a las actividades de investigación con incidencia sobre la porción del Patrimonio Paleontológico así acotada[375].

---

[374] Con carácter general, v. L. ALCALÁ, "Reflexiones acerca de la protección del patrimonio paleontológico en España", *Coloquios de Paleontología,* núm. 50, 1999, págs. 45- 51. La falta de previsiones específicas y la aplicación extensiva del régimen arqueológico a la gestión del Patrimonio Paleontológico conduce, en el caso de Andalucía, a situaciones absurdas como la exigencia de que los proyectos de intervención paleontológica presentados a autorización deban contar con la codirección de un arqueólogo. Una denuncia en F. RUIZ MUÑOZ, M. L. GONZÁLEZ-REGALADO MONTERO, M. ABAD DE LOS SANTOS, "Derecho y Patrimonio Paleontológico (II): Regulación jurídica y ámbito competencial profesional en Andalucía. Una propuesta de actuación para el Neógeno de la provincia de Huelva (SO de España)", *Studia Geologica Salmanticensia,* núm. 42, 2006, págs. 129-137. V. Capítulo IV, epígrafe 3.1.5.

[375] En esta línea destaca la LPCVal posee el valor de ceñir el Patrimonio Paleontológico a aquellos "bienes muebles y yacimientos que contengan fósiles *de interés relevante*" (art. 58.2) , lo que concreta al expresar que el dominio público de la Generalitat se integran sólo "*los restos y vestigios fósiles de vertebrados, cuando sean producto de hallazgos casuales y no conste su legítima pertenencia*" (art. 65.1), si bien, como se indicará, las Comunidades Autónomas carecen de competencia para modular el ámbito material del dominio público que crea el artículo 44.1 LPHE.

3.2.3. La extensión material del Patrimonio Arqueológico y los procedimientos para su concreción

La Arqueología ha evolucionado desde una perspectiva "fetichista", centrada en la singularidad del objeto o de una estructura inmobiliaria, hacia una perspectiva integral y compleja de su ámbito de estudio, amplia tanto en lo relativo a la naturaleza física y jurídica de los elementos considerados, como en cuanto a la dimensión espacial del objeto de análisis. Las normas jurídicas, sin embargo, han operado tradicionalmente sobre elementos singularizados, individualizados con arreglo a los criterios de lógica patrimonial que emanan del Derecho Civil y de la que se hace eco la propia LPHE[376]. Este planteamiento jurídico clásico, si bien podía ser útil para la Arqueología del pasado, exige ser revisado o matizado en cierta medida si se desea trasladar al ordenamiento jurídico la dimensión holística del ámbito de estudio de la Arqueología actual.

En este sentido, la perspectiva tradicional del Derecho de cosas, que recoge el artículo 40.1 LPHE al referirse a "bienes muebles e inmuebles" que integran el Patrimonio Arqueológico se supera con la propia invocación de la ley a la metodología arqueológica. La proyección, actual o futura, de una actividad de investigación conlleva en la mayoría de los casos integrar una diversidad de elementos singulares desde el punto de vista jurídico-patrimonial en un *continuum.* La mención a los elementos geológicos y

[376] En este sentido, el régimen jurídico de protección de los bienes en la LPHE y en la legislación autonómica descansa sobre la dicotomía muebles/inmuebles. Cuando la LPHE define en su art. 14.1 LPHE qué entiende por bienes inmuebles a los efectos de la ley asume básicamente el planteamiento del Código Civil, tan sólo reforzando la vinculación de los bienes muebles a los inmuebles que los incorporan o de los que constituyen su exorno.

paleontológicos relacionados con el origen o la vida del hombre a la que ya nos hemos es referido es consecuencia lógica de incorporar la aplicación de la metodología arqueológica –tal como ésta es entendida en la actualidad- como criterio delimitador de este Patrimonio. Puede entenderse de este modo que la definición del artículo 40.1 LPHE acoge implícitamente la noción de yacimiento –citada expresamente en el artículo 1.2 LPHE- como espacio dotado de entidad arqueológica en su integridad, que aporta información cultural a partir del estudio de la variedad de elementos que lo integran, de las interrelaciones entre objetos y contexto y que se aleja de su "sentido tradicional de cantera de extracción de objetos"[377]. El Patrimonio Arqueológico, en cuanto conjunto orgánico susceptible de investigación, rebasaría incluso la frontera del yacimiento para acoger una perspectiva territorial más extensa, de alcance regional, que encuentra reflejo en algunas definiciones que contiene la legislación autonómica[378].

La incorporación de esta visión extensa del Patrimonio Arqueológico se produce fundamentalmente a través de la ordenación y gestión de las actividades dirigidas al Patrimonio Arqueológico: excavaciones y prospecciones en la breve y genérica regulación de la LPHE, que se diversifican, multiplican y amplían en

---

[377] Expresión tomada de C. SAN MARTÍN MONTILLA, "La protección del Patrimonio Arqueológico desde el Museo: criterios y difusión", *Boletín informativo del IAPH,* núm. 7, 1994, pág. 27.

[378]Por ejemplo, la LPHM integra en el Patrimonio Arqueológico "el *territorio o paisaje* habitado por el hombre en época histórica y prehistórica" (art. 39); la LPCCyL se refiere a "los *lugares* en los que es posible reconocer la actividad humana en el pasado" (art. 50.1); la LPCHALR cita "el *territorio o paisaje* poseedor de los valores mencionados en el artículo 2.1 de la presente Ley y habitado por el ser humano en época histórica y prehistórica (art. 55.1).

una variedad de actividades previstas en la legislación autonómica. Aunque perviven en algunas de las disposiciones aplicables trazas de la concepción "objetual" tradicional[379], los títulos habilitantes que autorizan a la realización de actividades de investigación acotan una superficie o área sobre la que se proyecta el estudio y respecto de la que se exige una cumplida documentación. Esta dimensión holística es la que anima igualmente la regulación de diversas figuras de protección espacial de espacios de interés arqueológico constatado (zona arqueológica) o presunto (zona de servidumbre arqueológica, de protección y otras denominaciones), que atraen sobre un área determinada la aplicación de un régimen jurídico de control preventivo de las actuaciones no arqueológicas que alteren el territorio, cuya viabilidad última se sujeta a los resultados que arrojen estudios arqueológicos previos. También en el plano de la difusión y divulgación del conocimiento arqueológico *in situ*, algunas figuras previstas en la legislación autonómica que aúnan elementos arqueológicos y, en su caso, culturales de diversa especie, y elementos naturales (parques arqueológicos, parques culturales, zonas patrimoniales), plasman la naturaleza compleja y variada del Patrimonio Arqueológico en la articulación de su valor cultural.

---

[379] Diversos pasajes de la LPHE afirman el deber de entrega de los objetos. Así, las obligaciones de los investigadores autorizados tienen como eje "entregar los objetos obtenidos", frente a la cual la entrega de la documentación científica producida parece adquirir un tono secundario (art. 42.2), v. Capítulo IV, epígrafe 3.1.8.1. Igualmente, los deberes impuestos a los descubridores casuales se extienden, más allá de la comunicación del hallazgo, a la entrega de los objetos (art. 44.2 LPHE), obligación contraproducente a efectos de la preservación de la integridad de la información científica que atesora el yacimiento o lugar del hallazgo y que, acertadamente, ha sido eliminada en la mayor parte de la legislación autonómica.

De este modo, la concreción del Patrimonio Arqueológico no se produce exclusivamente a través de la declaración del interés cultural (bien de interés cultural, bienes inventariados y toda la variedad de figuras desplegada por la legislación autonómica) sino que opera mediante diversos procedimientos que permiten acotar la realidad material a diferentes niveles y efectos jurídicos. La primera concreción del Patrimonio Arqueológico lo constituye el espacio contemplado por una autorización para el desenvolvimiento de una actividad arqueológica o la delimitación de un área que lleva aparejada la aplicación de régimen de cautelas arqueológicas. Se hace efectiva la idea de que el Patrimonio Arqueológico es algo más que la suma de restos, objetos, estructuras y demás elementos singulares que lo componen. A su vez los elementos singulares que integran esos espacios resultan especificados a través del registro, catalogación, inventario y, en su caso, depósito que operan los sujetos autorizados para la realización de actividades de prospección, excavación y, en general, para la localización de restos, bienes que quedan sometidos a un estatuto jurídico peculiar. El Patrimonio Arqueológico, por tanto, a diferencia de otros bienes del Patrimonio Cultural, cuya determinación depende de las declaraciones administrativas de interés cultural o procedimientos administrativos de inventario, se concreta sustancialmente a través de las actividades de investigación arqueológica que son objeto de autorización[380]. Ello no impide que sobre los objetos, piezas o estructuras aisladas pueda recaer una declaración singular que dé cuenta del carácter excepcional o especialmente cualificado de acuerdo con las figuras

[380] Sobre la función de colaboración cualificada en la gestión del Patrimonio Arqueológico que desempeña el sujeto autorizado, v. Capítulo IV, epígrafe 3.1.8.1.

de general aplicación a los bienes del Patrimonio Cultural. Pero estas declaraciones no constituyen un requisito para la entidad jurídica del Patrimonio Arqueológico tal como se define en el artículo 40.1 LPHE.

3.2.4. La irrelevancia de la extracción de los bienes a efectos de su integración en el Patrimonio Arqueológico: el descubrimiento en clave arqueológica

El artículo 40.1 LPHE precisa que pertenecen al Patrimonio Arqueológico los bienes susceptibles de estudio mediante metodología arqueológica "hayan sido o no extraídos". Esta precisión normativa remite a una característica singular de la dinámica de la investigación arqueológica contemporánea. Y es que el Patrimonio Arqueológico se hace acreedor de protección jurídica aún cuando no se haya procedido a la extracción o individualización de elementos singulares como consecuencia de una excavación o se trate de restos o estructuras emergentes. De hecho, como se indicó, el desarrollo de tecnologías de teledetección, análisis geográfico, etc. y, en general, una evolución en la concepción del trabajo de campo ligada a un cambio en la consideración del objeto de estudio de la Arqueología, ha reducido el protagonismo tradicional de la excavación en favor de métodos de localización y documentación del Patrimonio Arqueológico de naturaleza no destructiva o con una menor incidencia en los contextos. En este sentido, ya la Recomendación UNESCO de 1956 relativa a los principios aplicables a las excavaciones arqueológicas planteaba la conveniencia de crear reservas arqueológicas que permitieran la utilización en el futuro de medios técnicamente más avanzados en las exploraciones (punto 9). Igualmente recogen la creación de reservas arqueológicas el Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico,

en su versión de 1969 (art. 2.b CEPPA) y en la revisión de 1992 (art. 2.ii. CEPPAr); así como la Convención UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (art. 5.d). Apenas han sido previstas explícitamente en el ordenamiento español[381], si bien en el plano ejecutivo es posible atender a esta exigencia mediante una política de gestión de las autorizaciones que limite los espacios de investigación con base en la discrecionalidad de que goza la Administración cultural en este aspecto[382]. Al margen de las reservas arqueológicas, la mayoría de Comunidades Autónomas se han dotado de figuras de protección espacial que recaen sobre espacios en los que *se presume fundadamente* la existencia de restos arqueológicos, que determinan la realización imperativa de estudios arqueológicos preventivos previos a cualquier actuación que pueda implicar una alteración en los terrenos[383]. Esta presunción suele construirse a partir de los datos aportados por prospecciones superficiales, o por la realización de sondeos o catas, en conjunción, eventualmente, con la información procedente de fuentes históricas o documentales o la noticia de hallazgos casuales. Por tanto, la declaración de este tipo de espacios parte de un tipo de información arqueológica diversa a la que

---

[381] Constituyen una excepción la LPCVal (art. 66) y la LPCCyL (art. 55.5)

[382] V. Capítulo IV, epígrafe 3.1.7.

[383] Por orden cronológico, la LPHA 1991 (art. 48), LPCCat (art. 49.1), LPHM (art. 40.1.d), LPHCan (art. 58); LPCVal (arts. 62.1); LPCCant (art. 89.1.d) y 90); la LPHB (art. 58), LPCAr (art. 68); LPCCyL (art. 17.3.c); LPHCEx (art. 6.1.i, aunque posteriormente la ley no regula este espacio); LPCAs (art. 65); LFPCNa (art. 61), la LPHA 2007 (art. 48); Por su parte, aún sin contemplar una figura formalizada, también prevén un régimen de cautelas arqueológicas para las zonas donde se presuma la existencia de restos arqueológicos la LPHC-LM (art. 21.1), LPCVas (art. 49.1), la LPCG (art. 56.3) y la LPCHALR (art. 56.2 y 57.1).

suministra una excavación sistemática, en la que han sido objeto de catalogación y registro exhaustivo cada uno de los elementos localizados. Es el mismo tipo de información que nutre la confección de cartas arqueológicas, previstas en numerosas leyes autonómicas, como instrumento de gestión de la información arqueológica territorial con capacidad para condicionar los contenidos de los distintos planes y proyectos con incidencia sobre el territorio[384]. Es, por tanto, desde la perspectiva de la variedad de métodos empleados en la Arqueología para generar conocimiento histórico y cultural tal y como debe entenderse la referencia a la "no extracción" de los bienes, no en el sentido de una suerte de eficacia jurídica del Patrimonio Arqueológico *desconocido aún por no haber sido descubierto*[385], sino que el conocimiento que habilita a la aplicación del régimen jurídico arqueológico no requiere de la perfecta individualización o determinación de los bienes arqueológicos que proporcionaría una actividad extractiva.

La tendencia a vincular conocimiento con descubrimiento, entendido éste como desvelamiento o extracción de los bienes, no se ajusta al modo de proceder de la Arqueología contemporánea en el que el conocimiento de las características físicas y culturales de un espacio y de los elementos singulares que lo integran se va

---

[384] V. LPCCant (art. 92.1, bajo la denominación de "inventario arqueológico regional"), LPHC-LM (art. 20), LPHCan (arts. 15.d) y f) y 64), LPHCEx (art. 28 y 49.3), LPCAs (art. 66), LPCHALR (art. 62), LFPCNa (art. 57, bajo la denominación de "inventario arqueológico") y LPCMu (DT 2.ª).

[385] Así, por ejemplo, ALEGRE ÁVILA entiende que la expresión "hayan sido o no extraídos" del artículo 40.1 LPHE daría pie al ingreso de esos bienes en el dominio público aún antes de su descubrimiento, es decir, de su conocimiento, v. *Evolución y régimen jurídico...*, cit., tomo II, pág. 368. Esta, en mi opinión, artificiosa lectura del artículo 40.1 LPHE, ha sido acogida en algunas leyes autonómicas, v. LPCCant (art. 75.1); LPCAr (art. 2)

construyendo de manera progresiva, por la sucesión de actividades de investigación de diverso alcance, lo que deja escaso margen para que acaezcan descubrimientos, en el sentido tradicional, entendidos como eventos fácticos muy concretos en su acontecer temporal y en cuanto a los bienes sobre los que recaen, tal y como, por ejemplo, han podido ser entendidos en el ámbito de la regulación del hallazgo de tesoros por el Derecho Civil[386]. Bajo la vigente regulación, el descubrimiento en sentido tradicional de bienes arqueológicos sólo tiene relevancia jurídica en los hallazgos casuales, para la determinación del sujeto que, previo cumplimiento de los deberes de custodia y comunicación a las autoridades, adquiere el derecho al premio que contempla el artículo 44.3 LPHE, cuya regulación se inspira en la solución arbitrada en el artículo 351.2 del Código Civil para el hallazgo casual del tesoro en finca ajena[387]. Sin embargo, aún confinado a ese supuesto, determinar el alcance del descubrimiento para el cálculo del premio se revela problemático, en especial, en el

[386] V. Capítulo III, epígrafe 2.1.1.2.1.

[387] Como medida de fomento de la comunicación de los hallazgos, se reconoce al descubridor y al propietario del lugar en que se produzca el hallazgo el derecho a obtener un premio por la mitad del valor de tasación del objeto encontrado, que se distribuye entre ellos por partes iguales (art. 44.3 LPHE). La inspiración civilística de la regulación, no significa que los beneficiados por la medida adquieran el derecho al premio en virtud de los principios que rigen la adquisición del tesoro en el Derecho civil, como ha sostenido algún autor–v. al respecto J. L. MOREU BALLONGA, "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español en la Ley de 25 de junio de 1985", *RGLJ,* núm. 6, 1985, pág. 935-. Por el contrario, el régimen civil de adquisición de hallazgos ha sido enteramente desplazado por el dominio público que se aplica a los bienes culturales descubiertos. El legislador es libre de configurar esta medida de fomento en los términos que resulten más convenientes para garantizar la comunicación de los hallazgos a la Administración, no se trata, por tanto, de arbitrar un régimen que armonice el conflicto de intereses entre descubridor y propietario como el que resuelve el tesoro. Precisamente, por no encontrarnos ante una regulación de naturaleza civil, el legislador autonómico ha podido legítimamente introducir modulaciones en el régimen del premio, con la exclusión del hallazgo de inmuebles o limitando el carácter casual.

caso de hallazgos de estructuras inmobiliarias[388]. Se trata, por ello, de un elemento perturbador en el contexto de una regulación administrativa, que evidencia la necesidad de una nueva configuración normativa de las medidas para estimular la comunicación de hallazgos arqueológicos sobre bases diversas a las actualmente consideradas.

3.2.5. El alcance territorial del Patrimonio Arqueológico español: el Patrimonio Arqueológico ubicado en espacios marítimos

[388] El hallazgo de elementos que se integran en una estructura inmobiliaria plantea si el premio debe establecerse por referencia al valor del concreto elemento hallado o si debe tener en cuenta la totalidad del inmueble al que pertenece. Ilustra este problema la STS 17 enero 1992 (RJ 1992\560), en la que el Tribunal Supremo estimó que el hallador de un mosaico debía ser premiado tomando como referencia la totalidad del conjunto de mosaicos en el que se integraba, aunque para el descubrimiento completo hubiera sido necesario el concurso posterior de los trabajos arqueológicos financiados por la Administración autonómica. Se trata de una sentencia muy discutible, tanto en la solución adoptada para el cálculo del premio, como por la confusa argumentación respecto a la naturaleza del bien hallado (mueble o inmueble), la invocación de la LPHE en un supuesto en el que el hallazgo inicial se produjo antes de su entrada en vigor (en 1983) y, finalmente, la atribución de un premio al descubridor por la mitad del valor de lo descubierto, cuando, al tratarse de un hallazgo en una propiedad ajena, tendría derecho sólo a la cuarta parte. En otro orden de consideraciones, la regulación del premio y los deberes del descubridor en la LPHE pueden inducir en el hallador el deseo de "continuar descubriendo" para incrementar la cuantía del premio, como fue apuntado por J. L. MOREU BALLONGA, "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español…" cit., págs. 949-950, lo que resulta enteramente contraproducente para la preservación de la integridad de la información arqueológica. Muchas leyes autonómicas han mejorado, en este sentido, la regulación de la LPHE, al excluir el hallazgo casual de bienes inmuebles del premio (v. art. 60.1 LPCG, art. 85.3 LPCCant, art. 55.3 LPHCEx, art. 61.6 LPCHALR) y han perfeccionado la formulación de los deberes del descubridor, poniendo el acento en la comunicación inmediata del hallazgo y en que el contexto del hallazgo no sea alterado, matizando o, incluso, suprimiendo el deber de entrega que prevé la LPHE (art. 51.3 LPCCat, art. 65.3 LPCVal, art. 43.4 LPHM, art. 62.1 LPHB, art. 85.3 LPCCant, art. 70.2 LPHCan, art. 60.5 LPCCyL, art. 61.4 LPCHALR, art. 68.3 LFPCNa, art. 58.2 LPCMu, art. 50.1 LPHA 2007).

El artículo 40.1 LPHE incluye dentro del Patrimonio Histórico español los bienes arqueológicos que se encuentren "en el mar territorial o en la plataforma continental". El llamado Patrimonio Cultural Subacuático tiene, por tanto, reconocimiento explícito en la legislación española: tales bienes son, en esencia, bienes arqueológicos, en la medida en que requieren la aplicación de métodos y técnicas de investigación propios de la Arqueología para desentrañar su significado cultural, sin más particularidades que las que provienen de su singular contexto físico, pero sin que ello requiera la formulación de un concepto específico de Patrimonio Cultural Subacuático[389].

Desde esta perspectiva, la referencia al mar territorial y a la plataforma continental que efectúa el artículo 40.1 LPHE, más que un elemento constitutivo de la definición del Patrimonio Arqueológico, constituye una afirmación de la vigencia territorial que la LPHE pretende de sus disposiciones. Esto no impide reconocer las singulares características físicas y culturales que presenta el Patrimonio Arqueológico sumergido en razón de su localización, lo que se traduce en la falta de idoneidad o inaplicabilidad de algunas de las determinaciones del régimen general del Patrimonio Arqueológico, concebidas para el espacio terrestre, y en la necesidad de arbitrar soluciones normativas propias[390]. En todo caso, la LPHE

[389] *Contra* E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Patrimonio sumergido: claves de su régimen jurídico", cit., pág. 48.

[390] Entre estas características singulares se encuentra la extrema fragilidad de los restos que han permanecido sumergidos durante mucho tiempo, que determina que la conservación *in situ* constituya para la mayoría de estos bienes un imperativo para su preservación. Asimismo se señaló como frecuentemente el Patrimonio Subacuático, en particular, los restos vinculados a la navegación, suelen presentar conexiones culturales con diversos territorios lo que propicia la

reafirma la preeminencia de la legislación cultural sobre las determinaciones del Derecho marítimo. Ya la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, aún en vigor, previó que "las cosas de valor arqueológico y artístico" quedaran excluidas del régimen de concesión de extracciones de buques hundidos (art. 59)[391]. El abandono del criterio de la antigüedad por la LPHE en la configuración del Patrimonio Arqueológico no hace sino ampliar el ámbito material sustraído al régimen de los hallazgos marítimos.

Al margen de esta apreciación, la cuestión que plantea el art. 40.1 LPHE y, por extensión, la legislación autonómica que ha reproducido su tenor[392], es hasta qué punto la vigencia territorial de la legislación arqueológica española en los términos del precepto indicado encuentra respaldo en las determinaciones del Derecho Internacional que regula los espacios marítimos. En particular, debe analizarse si la voluntad expresada de extender la jurisdicción

---

existencia de reivindicaciones de terceros Estados. Por otra parte, como es lógico, uno de los principales instrumentos para la protección del Patrimonio Arqueológico terrestre, el planeamiento urbanístico, no es de aplicación al Patrimonio Subacuático. La necesidad de dotar de un régimen singular dentro del Patrimonio Arqueológico a los bienes subacuáticos se postula en el *Libro Verde del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático,* Secretaría General Técnica, Ministerio de Cultura, 2010, en especial, págs. 45-60 (consultado en http://www.mcu.es/patrimonio/MC/LibroVerde/Capitulos.html)

[391] V. Capítulo III, epígrafe 2.2.4.

[392] Contienen también referencias a la plataforma continental, como espacio al que se extiende el Patrimonio Arqueológico de una Comunidad Autónoma la LPHB (art. 49.1) y la LPHA 2007 (art. 47). Por su parte, la LPHCan se refiere exclusivamente al mar territorial (art.70) y la LPCAs menciona el mar territorial y la plataforma continental como espacios en los que, primordialmente, actúa el Estado y la Comunidad Autónoma colabora (art. 61.3). El resto de leyes autonómicas no contienen referencias expresas a los espacios marítimos, aun cuando hagan referencia al Patrimonio Arqueológico Subacuático.

arqueológica española más allá del mar territorial, por la vía de incluir en el Patrimonio Histórico Español los bienes radicados en la plataforma continental[393], se acomoda, con carácter general, a la ordenación vigente del Derecho Internacional del Mar y, en particular, del Patrimonio Cultural Subacuático.

En el plano interno, el Patrimonio Arqueológico ubicado en espacios marítimos obliga a reflexionar sobre el alcance territorial de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre Patrimonio Cultural y, en su caso, en la articulación de ésta con las numerosas competencias del Estado como titular de espacios o de recursos que se integran en el dominio público-marítimo terrestre.

3.2.5.1. Análisis de la compatibilidad del art. 40.1 LPHE con el Derecho Internacional

A la fecha de adopción de la LPHE, la regulación de las potestades de los Estados costeros sobre los espacios marítimos adyacentes a su litoral venía determinada por los Convenios de Ginebra de 1958 preparados en la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a los que España se adhirió por

---

[393] La inclusión de la plataforma continental no se contemplaba en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes. El primitivo artículo 40.1 LPHE se refería exclusivamente a las "aguas territoriales", expresión que la Ponencia de la Comisión de Educación y Cultura sustituiría por "mar territorial", v. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.* II Legislatura. Serie A, núm. 96-I-3, de 11 de febrero de 1985, pág. 1208/36. Sería en el Senado donde se introduciría la referencia a la plataforma continental en virtud de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista: pese a justificarse como una mera mejora técnica, su inclusión comporta una visión sustancialmente distinta respecto a la redacción original acerca de la extensión de la jurisdicción del Estado ribereño en la materia que tratamos; v. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado.* II Legislatura, núm. 241 (c), de 15 de abril de 1985, pág. 90.

instrumento de 25 de febrero de 1971[394]. Poco antes de la adopción de la Constitución, dos leyes regularon el mar territorial y la zona económica exclusiva, incorporando en gran medida las determinaciones de los Convenios de 1958. A su vez, estas leyes anticipaban para nuestro país algunas de las soluciones que habría de acoger la futura Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) adoptada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay (Jamaica). Tales soluciones ya tenían la consideración de Derecho internacional consuetudinario, o bien era previsible la formación de un consenso en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por entonces en curso[395]. La primera de estas normas es la Ley 10/1977, de 4 de enero, que proclama la soberanía del Estado español sobre el mar territorial adyacente a sus costas, soberanía que se ejerce sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente, en una franja de doce millas náuticas contadas desde la línea de la bajamar escorada o, en su caso, las

[394] Su entrada en vigor en nuestro país se produjo el 27 de marzo de 1971. Los Convenios, citados por la fecha de su entrada en vigor internacional, tienen por objeto el Alta Mar (30 de septiembre de 1962), la Plataforma Continental (10 de junio de 1964), el Mar Territorial y la Zona Contigua (10 de septiembre de 1964)y, finalmente, la Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar (20 de marzo de 1966). Estos instrumentos procedieron a codificar el derecho consuetudinario que existía y a desarrollarlo; V. M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO.: *Instituciones de Derecho Internacional Público,* 17ª. ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, págs. 476-477.

[395] Con carácter general, sobre los antecedentes y desarrollo de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, v. M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones…,* cit., págs. 477-480, y la bibliografía citada en pág. 501; y J.A. PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales,* 12.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008, págs. 341-350.

líneas de base recta que pudiera establecer el Gobierno[396] (arts. 1, 2 y 3).

En segundo lugar, la Ley 15/1978, de 20 de febrero, estableció una zona económica exclusiva, si bien limitada a las costas peninsulares e insulares del Océano Atlántico, en una franja que va desde el límite exterior del mar territorial hasta las 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base utilizadas para medir la anchura de aquel (art. 1 y Disposición Final 1ª). En dicha zona, el legislador afirma los derechos soberanos del Estado español "a los efectos de la exploración y explotación de los *recursos naturales* del suelo y del subsuelo marinos y de las aguas suprayacentes". Por tanto, como posteriormente se acordaría en la III Conferencia sobre Derecho del Mar, las facultades que al Estado español corresponden en su zona económica exclusiva absorben o engloban las propias de la plataforma continental, limitadas tradicionalmente a la explotación de los recursos naturales del lecho y subsuelo marino. La Constitución Española traduciría posteriormente estos derechos soberanos en la afirmación de un *dominio público estatal sobre los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental* (art. 132.2 CE). En resumen, de acuerdo con el Derecho en vigor al momento de aprobarse la LPHE, si bien los poderes de España como Estado costero se declaran absolutos en el mar territorial, más allá de éste quedan tasados a la soberanía sobre los recursos naturales hasta

[396] En la gran mayoría del litoral español el Gobierno ha optado por el establecimiento de líneas de base recta mediante el Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto. Una representación gráfica del trazado y un comentario del mismo puede encontrarse en J.M. LACLETA MUÑOZ.: "Las fronteras de España en el mar", Documento de Trabajo nº 34/2004, de 14 de junio, págs. 4-6, que puede consultarse en http://www.realinstitutoelcano.org/documentos/121/121.pdf (página visitada el 19 de mayo de 2011).

el límite de las 200 millas. De ahí que la LPHE suponga un paso más, al contemplar derechos sobre bienes que no constituyen recursos naturales: los bienes históricos situados en el lecho o en el subsuelo de la plataforma continental[397].

La vigencia de lo dispuesto en la LPHE resulta, sin embargo, cuestionada con la ratificación por España de la CNUDM el 20 de diciembre de 1996 y su entrada en vigor el 15 de febrero de 1997. Como se indicó, la Convención de 1982 es el primer texto internacional de *hard law* que contiene disposiciones relativas al Patrimonio Arqueológico o Cultural sumergido, ninguna de las cuales respalda la pretensión de incluir dentro del Patrimonio Histórico Español los bienes culturales que se encuentren sobre la plataforma continental. Dejando al margen la disposición relativa a la Zona Internacional de los Fondos Marinos (art. 149 CNUDM)[398], que no interfiere en el análisis que ahora se realiza sobre el alcance territorial de la LPHE, interesa detenerse en primer término en las disposiciones relativas a la zona contigua. En este espacio -franja de

---

[397] Se trata, además, de una extensión que no se contemplaba en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes. El primitivo artículo 40.1 LPHE se refería exclusivamente a las "aguas territoriales", expresión que la Ponencia de la Comisión de Educación y Cultura sustituiría por "mar territorial", v. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.* II Legislatura. Serie A, núm. 96-I-3, de 11 de febrero de 1985, pág. 1208/36. Sería en el Senado donde se introduciría la referencia a la plataforma continental en virtud de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista: pese a justificarse como una mera mejora técnica, su inclusión comporta una visión sustancialmente distinta respecto a la redacción original acerca de la extensión de la jurisdicción del Estado ribereño en la materia que tratamos; v. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado.* II Legislatura, núm. 241 (c), de 15 de abril de 1985, pág. 90.

[398] Recordar que la CNUDM dispone que en la Zona los objetos de carácter arqueológico e histórico han de ser conservados "en beneficio de toda la humanidad". Sobre el sentido de la expresión Patrimonio Común de la Humanidad, v. Capítulo II, epígrafe 2.1.

hasta doce millas náuticas adyacentes al mar territorial (art. 33 CNUDM) cuyo régimen se superpone al de la zona económica exclusiva y al de la plataforma continental- se permite a los Estados prevenir o sancionar las infracciones cometidas *en territorio nacional o en el mar territorial* de las leyes y reglamentos aduaneros, de contrabando, fiscales, de inmigración o sanitarios. La institución de la zona contigua fue acogida, antes incluso de la ratificación por nuestro país de la Convención de Montego Bay, en el artículo 7.1 y en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en términos análogos a los que posteriormente recogería el tratado. La CNUDM permite a los Estados presumir que toda remoción sin su autorización de objetos arqueológicos e históricos de los fondos marinos de la zona contigua constituye una infracción cometida en su territorio o en su mar territorial de las leyes y reglamentos en las materias que menciona el artículo 33 (art. 303.2 CNUDM)[399]. De una forma un tanto enrevesada, la Convención establece una suerte de

[399] Los restantes apartados del art. 303 CNUDM disponen:

"1. Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto.

[...]

3. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales.

4. Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico."

ficción[400] por la que toda remoción no autorizada de restos arqueológicos en la zona contigua constituye un supuesto de contrabando que autorizaría al Estado a adoptar medidas preventivas o sancionadoras. Esta forzada aplicación de las potestades propias de la zona contigua ha llevado a buena parte de la doctrina a considerar que, más que ante una extensión de su régimen a fin de controlar el tráfico de objetos arqueológicos, estamos ante el establecimiento de una "*zona arqueológica*" con sustantividad propia[401]. En ella se reconocería al Estado costero una auténtica jurisdicción con facultades que, aunque se limiten al control de las remociones[402], exceden las que ordinariamente se ejercen en la zona contigua. Presupone un poder autorizatorio de las remociones, que se reputa como exclusivo[403], sin perjuicio de que más adelante se conmine a respetar los derechos de los propietarios identificables así como las normas sobre salvamento u otras de Derecho marítimo (art.

---

[400] La presunción del art. 303.2 CNUDM realmente no admite prueba en contra. Véanse, al respecto, RONZITTI, N.: "Stato costiero..."cit., pág. 7; TREVES, T.: "Stato costiero e archeologia sottomarina", *Rivista di diritto internazionale,* 1993, fasc. 3, págs. 702 -703; y AZNAR GÓMEZ, M. J.: *La protección internacional...,* cit., págs. 152-153.

[401] Sobre el discutido alcance de los poderes del Estado costero sobre la "zona arqueológica" v. I. PAPANICOLOPULU, "La zona contigua archeologica e la sua delimitazione", en VV. AA. (coord.. T. SCOVAZZI), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterráneo,* Ed. Giuffrè Editore, 2004, págs. 43-70 y M. J. AZNAR GÓMEZ *La protección del Patrimonio Cultural Subacuático,* Ed. Tirant lo Blanch, 2004, págs. 149-156.

[402] V. por todos TREVES, quien además se muestra favorable a una interpretación expansiva de las facultades autorizatorias del Estado costero en esta franja, de tal manera que no se limitaran estrictamente al control de las remociones; en ob. cit., págs. 703-705 y A. STRATI citada por AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional...,* cit. pág.154. Defiende, por el contrario, una interpretación restrictiva BARCELONA LLOP, J.: "Notas sobre el régimen jurídico de las intervenciones arqueológicas submarinas", *PCyD,* núm. 6, 2002, págs. 56 y 57.

[403] *Contra*, AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional...,* cit., pág. 154-155.

303.3 CNUDM). Desde esta perspectiva, la pretensión territorial del artículo 40.1 LPHE ofrece respaldo para el espacio que constituye la zona contigua, si bien es dudoso que alcance a todas las determinaciones normativas que integran la ordenación del Patrimonio Arqueológico –singularmente, la pretensión de extender a los bienes ubicados en la zona contigua el régimen del dominio público de los hallazgos[404]-.

La CNUDM guarda silencio sobre las facultades del Estado sobre los restos arqueológicos o históricos del lecho o del subsuelo marino que se extienden desde el borde exterior de la zona contigua y el inicio de la Zona Internacional de los Fondos Marinos, es decir, entre las veinticuatro y las doscientas millas náuticas a partir de la línea de base para el establecimiento del mar territorial. Sobre estos bienes se proyecta la obligación general de de proteger los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar que se establece para todos los Estados parte en la Convención (art. 303.1 CNUDM)[405]. El tenor del precepto, en cualquier caso, no ampara la pertenencia al Patrimonio Histórico Español de los bienes históricos situados sobre la plataforma continental, tal como dispone el artículo 40.1 LPHE. Tampoco las facultades que la CNUDM reconoce al Estado ribereño sobre su plataforma continental dan cobertura a las pretensiones de la LPHE. En primer término, la soberanía del Estado se limita a la exploración y explotación de los *recursos naturales*, expresión bajo la que se contemplan exclusivamente "*los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos*

---

[404] V. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.4.1.

[405] Sobre el alcance de esta obligación, v. AZNAR GÓMEZ, M. J.: *La protección internacional...*, cit., págs. 130-134.

vivos pertenecientes a especies sedentarias..." (art. 77.4 CNUDM)[406]. El mismo desarrollo de los trabajos preparatorios de la Convención invalida la interpretación extensiva del concepto "recursos naturales" que incluya los restos arqueológicos e históricos[407]. Precisamente, el reconocimiento implícito de la llamada "*zona arqueológica*" hasta el límite de las 24 millas náuticas (art. 303.2 CNUDM) fue la solución de compromiso a la que se llegó a raíz de la propuesta de algunos Estados mediterráneos (Grecia, Malta, Túnez, Yugoslavia e Italia), Portugal y Cabo Verde para el reconocimiento de derechos soberanos a los Estados costeros sobre los objetos de naturaleza histórica y arqueológica existentes sobre su plataforma continental a efectos de investigación, salvamento, protección y exhibición, aunque se contemplaran eventuales derechos preferentes de otros Estados. A la propuesta se opusieron Estados Unidos, Reino Unido y los Países Bajos, que temían un nuevo recorte de las ya

---

[406] En comentario al proyecto del precedente Convenio de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental, que igualmente reconoce al Estado costero derechos exclusivos para la explotación de los recursos naturales, la Comisión de Derecho Internacional rechazó que pudiera aplicarse a los pecios y sus cargos, *Yearbook of the International Law Comisión,* 1956, II, pág. 298, citado por RONZITTI, N., ob. cit., págs. 18 y 19.

[407] Durante las negociaciones de la CNUDM se rechazó expresamente el reconocimiento de jurisdicción a los Estados costeros para la protección e investigación de objetos históricos y arqueológicos situados sobre la plataforma continental, a propuesta que efectuaron diversos Estados; v. T. SCOVAZZI "The Convention on the protection of the Underwater Cultural Heritage", en VV.AA. *La protezione del Patrimonio Culturale sottomarino nel mare Mediterraneo*, cit., págs. 29-30. No pueden, por tanto, compartirse las reflexiones de J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., t. II., págs. 348-350, que extiende el dominio público estatal sobre la plataforma continental a cualquier bien que se encuentre localizado en la misma.

menguadas libertades en el ámbito de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva[408].

Por otra parte, la jurisdicción del Estado costero en la zona económica exclusiva en materia de investigación científica marina (art. 56.1.b. ii CNUDM) tampoco respalda ningún tipo de pretensión sobre el Patrimonio sumergido, toda vez que las potestades reconocidas se entienden vinculadas a los derechos del Estado sobre los recursos naturales[409] y a la protección y preservación del medio marino. La única vía que, indirectamente, podría dar cobertura a una potestad para ejercer cierto control sobre actividades que afecten al Patrimonio cultural yacente más allá de la zona contigua es el derecho exclusivo que corresponde al Estado ribereño para "autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental" (art. 81 CNUDM). Este precepto, combinado con el deber general de todos los Estados de proteger los objetos de carácter histórico y arqueológico hallados en el mar, habilitaría al Estado para fiscalizar las perforaciones que directamente tengan por objeto la investigación de restos arqueológicos o que, persiguiendo otros fines, puedan afectar al patrimonio sumergido, obligando a la adopción de ciertas cautelas arqueológicas[410]. Al margen de esta posibilidad, la doctrina se divide entre quienes consideran que las actividades arqueológicas más allá

---

[408] V. al respecto RONZITTI, ob. cit., págs. 6 y 7.

[409] En el mismo sentido, TREVES, que se sirve de la caracterización de la investigación científica marina que realiza el art. 243 CNUDM; "Stato costiero...", cit., pág. 710.

[410] En este sentido, la normativa noruega o la práctica administrativa irlandesa citadas por RONZITTI, "Stato costiero..."cit., pág. 22.

de las veinticuatro millas se rigen por el principio de la libertad del alta mar[411] y quienes entienden que podría admitirse una regulación estatal para la protección del Patrimonio subacuático en este espacio, siempre que no pretendiera tener carácter exclusivo y tuviera en cuenta eventuales derechos de otros Estados[412]. Cualquiera que sea el punto de vista adoptado, parece evidente que la pretensión de la LPHE de considerar los bienes históricos yacentes sobre la plataforma continental como Patrimonio Histórico Español implica una eficacia extraterritorial de la legislación española no amparada por el Derecho internacional del mar codificado en la Convención de Montego Bay[413].

Esta conclusión se refuerza tras la adopción en 2001 de la Convención para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (CPPCS), que entró en vigor el 2 de enero de 2009. El tratado reconoce a los Estados costeros soberanía para la reglamentación y autorización de actividades sobre estos bienes en aguas interiores y en el mar territorial (art. 7.1 CPPCS), aunque con sujeción a los

---

411 Sin ánimo de exhaustividad, puede citarse RONZITTI, ob. cit., pág. 18; ALLAIN, J.: "Maritime wrecks..."cit., pág. 760; o BARCELONA LLOP, "Notas sobre..." cit., págs. 57 y 58 .

412 Así TREVES, que encuentra fundamento para una regulación de tales características en el artículo 59 de la CNUDM, que apela a la equidad y a tener en cuenta la variedad de intereses de las partes y de la comunidad internacional para la resolución de conflictos en la zona económica exclusiva cuando falte la atribución de derechos o de jurisdicción al Estado costero o a un tercer Estado, en "Stato costiero..." cit., págs. 712 y 713. En contra de esta interpretación, J. ALLAIN, "Maritime wrecks..." cit., pág. 160.

413 No constituye, en cualquier caso, el único exponente en el Derecho comparado: otros Estados han legislado en el mismo sentido, entre los que destacan por la importancia de los restos ubicados sobre su plataforma o zona económica exclusiva Australia o Jamaica; v. M J. AZNAR GÓMEZ, *La protección del Patrimonio Cultural Subacuático,* cit., págs. 164-176.

protocolos de actuación arqueológica fijados en las Normas anexas a la Convención. Permite también a los Estados reglamentar y autorizar las actividades –no sólo las remociones- dirigidas al Patrimonio Cultural subacuático en la "zona arqueológica" que prevé el artículo 303.2 CNUDM, es decir, en la franja que se extiende desde las doce a las veinticuatro millas desde la línea de base de la costa y coincide con la zona contigua (art. 8 CPPCS)[414]. Aunque el precepto dice engarzar con lo dispuesto en el artículo 303.3 CNUDM, lo cierto es que la Convención de la UNESCO explicita en este punto consecuencias no enteramente deducibles del régimen general del Derecho del Mar que, aunque ofrece algún amparo a la jurisdicción de los Estados costeros sobre las remociones de objetos históricos o arqueológicos, dudosamente alcanza a otro tipo de actividades que tengan por objeto el Patrimonio Cultural subacuático.

En cuanto a los restos situados en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, el Estado ribereño unilateralmente sólo podrá autorizar o prohibir las actividades dirigidas a ese patrimonio "para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o en su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional" (art. 10.2 CPPCS), esto es, en la medida en que puedan interferir en el disfrute y explotación de los recursos naturales y demás potestades reconocidas por la CNUDM. La CPPCS instaura un sistema de informaciones y consultas internacionales para la gestión del Patrimonio Cultural Subacuático que se encuentre más

[414] Salvando los deberes de información y notificación que, con carácter general, se establecen para los hallazgos en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental en los arts. 9 y 10 CPPCS.

allá de la zona contigua[415]. Las peculiaridades del sistema que diseña la Convención se justifican, de una parte, en la necesidad de que sus disposiciones fuesen compatibles con la regulación de los espacios marítimos y la preservación de los delicados equilibrios alcanzados en la Convención de Montego Bay, de manera que el Estado costero no quedara investido de nuevas facultades y atribuciones fuera del mar territorial y de la zona contigua. De otra parte, la gestión multilateral obedece a la necesidad de conciliar la diversidad de intereses que pueden entrar en conflicto a propósito de la investigación y gestión de los bienes del Patrimonio Cultural Subacuático, integrado en su mayor parte por pecios y restos asociados al comercio y la navegación. Concurren por ello, junto al Estado costero, los intereses del Estado que abanderaba la nave así como los de aquellos otros que pudiesen alegar vínculos de índole cultural, histórica o arqueológica por razón de las mercancías y bienes transportados. Por ello, aunque al Estado costero corresponde una posición privilegiada en la gestión de las actividades que se desarrollen en su plataforma continental o en la zona económica exclusiva como Estado coordinador[416], su función es la propia de un gestor que actúa por cuenta de la comunidad de Estados que forman parte de la Convención, en general, y de los países con un vínculo verificable con los restos, en especial. En este sentido, la Convención establece que el Estado coordinador en sus actuaciones "[…] *actuará*

---

[415] V. Capítulo I, epígrafe 2.1.3.

[416] Corresponde al Estado costero, salvo declaración expresa en contrario, la coordinación de las consultas (art. 9.5 y 10.3 CPPCS) así como la puesta en práctica de las medidas adoptadas en dichas consultas, la expedición en su caso de autorizaciones y la realización de investigaciones preliminares (art. 10.5 CPPCS). Sólo excepcionalmente se permite al Estado costero actuar al margen del sistema de consultas para "*impedir un peligro inmediato*" (art. 10.44 CPPCS).

en nombre de los Estados Partes en su conjunto y no en su interés propio. Esta acción en sí no podrá ser invocada 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" (art. 10.6 CPPCS). De esta manera se traduce normativamente la obligación que ya formulara la Convención de Montego Bay en relación a los objetos arqueológicos e históricos situados en la Zona Internacional de los Fondos Marinos y que ahora se predica de todo el Patrimonio Cultural subacuático, con independencia de su localización: el deber de los Estados Partes de preservación en beneficio de toda la humanidad (art. 2.3 CPPCS). Este régimen, lógicamente, es incompatible con la pretensión de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción arqueológica tal como plantea la LPHE sobre la plataforma continental, que resulta desplazada por un "sistema de protección cooperativa"[417]. Llamativamente, el dictamen emitido por el Consejo de Estado antes de la ratificación de la Convención no estimó que la LPHE resultara afectada, a efectos de la autorización previa de las Cortes Generales prevista en el artículo 94.1 CE[418].

La eficacia frente a terceros Estados de la jurisdicción arqueológica que pretende la LPHE sobre la plataforma continental sólo se alcanzaría en caso de que declaraciones como la contenida en el artículo 40.1 LPHE cristalizaran como una práctica

[417] Son palabras de M. AZNAR GÓMEZ, en *La protección internacional...*, cit., pág. 263.

[418] V. Dictamen del Consejo de Estado núm. 2407/2003, de 4 de septiembre.

internacionalmente admitida[419]. Un resultado que, quizás, tendría más sentido esperar en el contexto de las vagas determinaciones de la CNUDM, que bajo la vigencia de la más precisa CPPCS[420].

3.2.5.2. Estado y Comunidades Autónomas en la gestión del Patrimonio Arqueológico en espacios marítimos

La ubicación del Patrimonio Arqueológico en espacios marítimos plantea en la esfera del Derecho interno la necesidad de clarificar el papel de Estado y Comunidades Autónomas en la gestión de este Patrimonio.

Históricamente el ejercicio de competencias por entes infraestatales sobre espacios de dominio público estatal ha sido avalado por la jurisprudencia del Supremo[421] y confirmada por el Tribunal Constitucional, que de manera reiterada ha afirmado que el dominio público no constituye un criterio de distribución de

---

[419] En este sentido, el *Libro Verde del Plan Nacional para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático* propone que la futura ley de Patrimonio Histórico que sustituya a la Ley 16/1985 mantenga su alcance territorial hasta la plataforma continental, aún reconociendo que supone aplicar extraterritorialmente nuestra legislación, confiando en que la práctica subsiguiente de los Estados termine por avalar esta pretensión, v. *Libro Verde* ..., cit., pág. 50.

[420] A pesar de su aún limitada eficacia, ya que son pocos aún los Estados que han procedido a ratificarla, el hecho de que la CPPCS fuera adoptada por 87 votos a favor, frente a 4 en contra y 15 abstenciones, ofrece alguna pista acerca de por dónde puede transitar en los próximos años la práctica internacional; v. al respecto M. AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional*..., cit., págs. 457-463

[421] Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1967 (RJ 1968/5211) ; 24 de enero de 1974 (RJ 1974/ 566) ; 16 de diciembre de 1977 (RJ 1978/ 361) ; 17 de marzo de 1980 (RJ 1980/2201), todas ellas relativas al ejercicio de competencias municipales sobre puertos estatales y zona marítimo-terrestre. Estas sentencias cuentan como antecedentes con los dictámenes del Consejo de Estado de 10 de mayo de 1952 y 14 de febrero de 1957.

competencias en nuestro ordenamiento jurídico y que, por ello, su titularidad no enerva el ejercicio por otras instancias territoriales de sus competencias sobre ese espacio[422]. Sin embargo, la mayoría de esos pronunciamientos se han producido en controversias que tenían como escenario espacios terrestres[423] o en casos en que la competencia analizada, por definición, se proyectaba sobre espacios marítimos y el propio texto estatutario no establecía un límite a su alcance territorial[424], por lo que no resultan determinantes para decidir la cuestión de a quién compete la gestión del Patrimonio Arqueológico en el mar territorial y en la plataforma continental. El principal argumento en contra de la extensión de la competencia autonómica sobre estos espacios se ha fundado en que el territorio de una Comunidad Autónoma se define por referencia al territorio de las provincias o de los entes territoriales supramunicipales que la componen y éste, a su vez, en relación a los términos municipales, sin inclusión de los espacios marítimos[425]. Sin embargo, esta

---

[422] V. STC 77/1984, de 3 de julio (FJ 3º), STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 15º), STC 103/1989, de 8 de junio (FJ 6.A) o la STC 149/1991, de 4 de julio (FJ 1.C).

[423] STC 77/1984, de 3 de julio (FJ 3º), STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 15º) o STC 149/1991, de 4 de julio (FJ 1.C).

[424] STC 158/1986, de 11 de diciembre (FJ 2º), STC 103/1989, de 8 de junio (FJ 6.A) o STC 9/2001, de 18 de enero (FJ 6º).

[425] Es S. MUÑOZ MACHADO quien primeramente se hace eco de este argumento, aunque no lo asume. El autor señala como dato significativo que durante la tramitación parlamentaria de algunos estatutos se suprimieron las referencias a las zonas marítimas adyacentes como integrantes del territorio autonómico, en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, cit., págs. 193-195. Una referencia bibliográfica exhaustiva de los autores que han defendido una y otra postura en J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., pág. 148, quien se inclina por la no inclusión del mar territorial en el territorio autonómico. La jurisprudencia del Supremo ha avalado en diversas sentencias la no inclusión de los espacios marítimos adyacentes en los términos municipales a efectos del ejercicio de su competencia de autorización urbanística, en tanto no se

"frontera" fue tímidamente derribada por el Tribunal Constitucional en la STC 38/2002, de 14 de febrero, que reconoció la posibilidad de que ciertas competencias autonómicas se extendieran al mar territorial, aunque estatutariamente no se explicitara esa proyección geográfica[426]. Según el Alto Tribunal la extensión sería posible siempre que se derive de la naturaleza de la competencia, tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad y tendría, en todo caso, carácter *excepcional*[427]. Las condiciones descritas se daban, a juicio del Tribunal, en la declaración como espacio natural de un área de singulares características ambientales que integraba espacios terrestres y marítimos.

---

produzca una alteración de su naturaleza física y, a resultas de la ejecución de obras, un área originariamente de mar territorial pase a integrarse en la zona marítimo-terrestre: sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las SSTS de 4 de febrero de 1987 (RJ 1987\501) y 4 de abril de 1990 (RJ 1990\3583).

[426] V. STC 38/2002 (FJ 6º). La sentencia resuelve dos conflictos de competencia acumulados que enfrentaban al Estado y a la Junta de Andalucía. De una parte, el Estado recurría dos planes autonómicos (Plan de ordenación de los recursos naturales y el Plan de uso y gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar), que incluían algunas determinaciones relativas al mar territorial. De otra, la Junta de Andalucía impugnaba una Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que establecía una reserva marina en Cabo de Gata-Níjar. A pesar de que el Tribunal Constitucional afirmara que la competencia autonómica sobre espacios naturales permitía excepcionalmente dictar disposiciones con incidencia sobre el mar territorial, terminó por invalidar las disposiciones relativas a los recursos pesqueros que contenía el Decreto autonómico por invadir la competencia estatal sobre pesca marítima, argumentando que el título específico estatal (pesca) desplazaba el más genérico autonómico (espacios naturales).

[427] En contra de la subrayada excepcionalidad se pronuncia, precisamente, el voto particular del magistrado GARCÍA MANZANO. Una crítica a la argumentación de la STC 38/2002, entre otras razones, por el afirmado carácter excepcional del ejercicio de competencias autonómicas sobre mar territorial y plataforma continental, por J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, en "Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas", *RAP,* núm.158, 2002, págs. 72-76.

En los últimos tiempos, los procesos de reforma estatutaria no han hecho sino reforzar la viabilidad del ejercicio de competencias autonómicas sobre el dominio público-marítimo terrestre, amparando incluso el ejercicio de potestades que originariamente el legislador consideró incluidas dentro del haz de facultades del titular del dominio público, como la gestión y autorización de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y las concesiones de obras fijas en el mar[428]. La constitucionalidad de esta operación estatutaria ha resultado finalmente avalada por la STC 31/2010, de 28 de junio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional vuelve a reafirmar la distinción entre zona marítimo-terrestre, que se integra indiscutiblemente en el territorio autonómico, y mar territorial, que no pertenece a aquél aunque *excepcionalmente* se proyecten ciertas competencias autonómicas[429].

A la vista de la jurisprudencia expuesta y, particularmente, de la excepcionalidad con la que el Tribunal Constitucional contempla el ejercicio de competencias autonómicas más allá de la zona marítimo-terrestre, teniendo presente, además, que el Estado

---

[428] Se trata de potestades que la Ley de Costas atribuyó al Estado (art. 110.b) Ley 22/1988) y que los nuevos estatutos de Autonomía de Cataluña (art. 149.3.b) y de Andalucía (art. 56.6) incluyen entre las competencias ejecutivas autonómicas que integran la ordenación del litoral. Una panorámica general sobre la variedad de títulos competenciales autonómicos que inciden sobre el medio marino, en. J. ZAMORANO WISNES, "La ordenación del espacio litoral y las competencias autonómicas y locales en el mar territorial", en VV. AA. (dir. M. C. NÚÑEZ LOZANO), *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea,* Ed. Iustel, 2010, págs. 224-237.

[429] V. STC 31/2010 (FJ 92º) declara constitucional la atribución a Cataluña de la concesión de obras fijas en el mar, cuando tales obras estén conectadas a aquellas competencias autonómicas que excepcionalmente se ejercen sobre el mar territorial en los términos que señalara la STC 38/2002 (aunque, entendemos que, por error, el texto cita la STC 195/2001, que no se ocupa de estas cuestiones).

dispone de competencias ejecutivas en materia de Patrimonio Cultural para la defensa contra la expoliación, hubiera sido lógico esperar que el Estado no declinara el ejercicio de la competencia general para la protección del Patrimonio Arqueológico en los espacios marítimos y que el ejercicio de la competencia autonómica resultara acotado a los espacios terrestres[430].

Los hechos, sin embargo, han discurrido por otros cauces y han puesto de manifiesto una línea de actuación estatal no siempre coherente. De un lado, las Comunidades Autónomas, no ofrecen una imagen única en la consideración del alcance territorial de su competencia en Patrimonio Cultural, con apreciables diferencias tanto en lo relativo a las afirmaciones legislativas atinentes al alcance territorial de su competencia como en cuanto a su efectivo ejercicio[431]. De otra parte, la trayectoria del Estado se ha caracterizado, en líneas generales, por la inhibición en el ejercicio de sus competencias de tutela, aunque con algún retorno puntual a la escena. Precisando algo más, se observa que algunas Comunidades Autónomas –aquellas que se han manifestado más activas en este

---

[430] Así lo entiende J. M. ALEGRE ÁVILA, para quien la doctrina sentada en la STC 38/2002 no confiere respaldo a la competencia autonómica para gestionar el Patrimonio Arqueológico ubicado en el mar territorial, al no darse, en estos casos, la nota de la unicidad del espacio o área gestionada con espacios terrestres sobre los que se proyecta, sin solución de continuidad, una competencia autonómica, en "Observaciones para una revisión de la Ley…", cit., pág. 17.

[431] A título de ejemplo, basta comparar las mencionadas LPHB, LPHA 2007 o la LPHCan que proyectan su definición del Patrimonio Arqueológico sobre la plataforma continental o, en el caso de la ley canaria, sobre el mar territorial, y el planteamiento de la LPCAs, que implícitamente reconoce la competencia cultural del Estado en tales espacios. De otra parte, la LPCCat, pese a no mencionar los espacios marítimos, no ha constituido ningún obstáculo al desarrollo de una intensa actividad administrativa de documentación, investigación y policía de las actividades arqueológicas en las áreas adyacentes a la costa.

campo- y el propio Estado han emprendido planes y actividades de documentación e inventario, a través de organismos y centros de investigación propios[432]. En el ámbito de las autorizaciones de actividades arqueológicas en espacios marítimos, el Ministerio de Cultura ha intervenido en contadas ocasiones que han dado pie a la formulación de requerimientos de inhibición por algunas Comunidades. A ellos ha respondido el Estado con un reconocimiento de la competencia general autonómica para la autorización de las actividades arqueológicas, sin acepción de los espacios sobre los que dichas actividades se desenvuelven[433]. Ello no ha impedido que este tipo de fricciones se hayan reproducido, dando pie a soluciones *ad casum,* en función de la sintonía política de las partes. La posición marginal que, hasta fecha reciente, ha ocupado el

---

[432] La investigación arqueológica subacuática emprendida desde el Estado corre a cargo del Museo Nacional de Arqueología Subacuática, actualmente regulado en el Real Decreto 1508/2008, de 12 de septiembre. Por su parte, hasta el momento poseen centros de arqueología subacuática Cataluña, creado por Decreto 237/1992, de 13 de octubre; Valencia, creado por Orden de 21 de febrero de 1997; y Andalucía, creado en 1998 y adscrito al Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico. En los casos del centro estatal en Cartagena y del centro catalán continúan la actividad desarrollada por los Patronatos de Excavaciones Arqueológicas Submarinas de las provincias marítimas de Cartagena y Gerona, creados en 1972 y 1970 respectivamente.

[433] Es el caso de la contestación al requerimiento de incompetencia formulado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Resolución de 27 de julio de 1989, de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos, del Ministerio de Cultura, de 27 de julio de 1989, por la que se autorizan excavaciones arqueológicas en Punta del Nao (Cádiz), el Gobierno de la Nación consideró que debía atenderse el requerimiento de incompetencia, entendiendo, que "*en efecto, la autorización de excavaciones arqueológicas es una actividad de naturaleza ejecutiva que forma parte de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en materia de patrimonio arqueológico por el artículo 13.27 de su Estatuto de Autonomía*". Citado entre los fundamentos de la respuesta a un nuevo requerimiento de la Junta formulado a raíz del acuerdo interdepartamental entre los Ministerios de Cultura y Defensa de 9 de julio de 2009; v. *Conflictividad entre Estado y Comunidades Autónomas. Boletín informativo* (Cuarto Trimestre 2009), págs. 26-28.

Patrimonio Cultural Subacuático en el contexto del Patrimonio Cultural, el carácter ocasional de las intervenciones, explica en parte que no se haya abordado, con carácter general, una delimitación del papel que corresponde a cada instancia territorial mediante el planteamiento formal de un conflicto o la clarificación legislativa.

Sin embargo, la necesidad de hacer explícito un criterio general que defina el papel respectivo del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia se hizo patente desde mediados de la década pasada, ante la falta de coordinación y articulación de que hicieron gala las administraciones españolas en el tratamiento de las operaciones que la empresa "cazatesoros" Odissey desarrolló en aguas de la bahía de Algeciras y del golfo de Cádiz[434].

---

[434] La empresa Odissey Marine Exploration desarrolló diversas actividades de búsqueda en el entorno de la bahía de Algeciras del 2001 al 2007 para la localización del barco de la marina británica H. M. S. Sussex, en cuyo control colisionaron el Estado -y, a su vez, dentro de éste los departamentos de Exteriores y Cultura- y la administración cultural andaluza, que afirmaría su competencia para la autorización de las actividades arqueológicas sobre el mar territorial adyacente. El H. M. S. Sussex reunía una serie de particularidades que hacían su gestión administrativa especialmente compleja. De una parte, el H. M. S. Sussex era un "buque de Estado" de titularidad británica, por lo que, con arreglo al Derecho Internacional, el Reino Unido podía invocar el principio de inmunidad soberana para disponer sobre los restos. Con base en dicho principio, el gobierno británico y la empresa cazatesoros Odissey alcanzaron un acuerdo por la que ésta era autorizada para la localización de la nave, a cambio de entregar a las autoridades británicas un porcentaje de lo hallado. Al desarrollar sus tareas en aguas bajo soberanía o jurisdicción española, la empresa se dirigió al Ministerio de Asuntos Exteriores, de quien obtuvo una autorización para realizar prospecciones en el año 2006. La Consejería de Cultura reaccionó impidiendo las prospecciones, afirmando su competencia para la autorización de actividades arqueológicas en espacios marítimos adyacentes a su territorio y girando un requerimiento de inhibición al Estado, previo al planteamiento de un conflicto de competencias. La controversia se superó en marzo de 2007 por vía negociada, imponiendo una serie de condiciones a la autorización originalmente concedida a Odissey, entre las que destacaba, en primer término, la prohibición de extraer los restos y la obligación de que un equipo de expertos y arqueólogos designados por la Marina británica y la Consejería de Cultura andaluza acompañara las labores del barco de Odissey, para garantizar que los restos localizados fueran efectivamente los de la nave británica y la empresa no se sirviera de la autorización concedida para localizar y extraer

Esta necesidad se ha hecho más intensa con la entrada en vigor del régimen de cooperación internacional que establece la CPPCS.

Estos problemas han conducido a la formulación en 2007 del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático[435]. En este documento, el Estado renuncia de manera expresa a un mayor protagonismo en la gestión del Patrimonio Arqueológico en los espacios marítimos y admite la competencia ordinaria de las Comunidades Autónomas sobre aquel. Es decir, la distribución de competencias sobre el Patrimonio Arqueológico submarino, según el Plan, respondería a los mismos criterios que en los espacios terrestres, correspondiendo al Estado la gestión solo en los casos de bienes históricos adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado, como dispone el artículo 6.b) LPHE y confirmara la STC 17/1991. En el contexto del Patrimonio Arqueológico, esta posibilidad se ciñe básicamente a los

---

restos distintos a los concertados con el gobierno británico. La empresa, a todas luces, consiguió burlar la vigilancia impuesta por las autoridades españolas, ya que en mayo de 2007 anunció el hallazgo de un pecio en una localización no precisada del Atlántico en una operación bautizada como *Black Swan*. El anuncio tuvo lugar una vez que parte del cargamento había sido ya transferido a los EE.UU para su comercialización en subastas. A todas luces, la localización y expolio se produjo en aguas jurisdiccionales españolas del golfo de Cádiz y el pecio expoliado se trataría del galeón Nuestra Señora de la Mercedes, para el que el gobierno español reclama actualmente ante los tribunales americanos la aplicación del régimen de inmunidad soberana como buque de Estado de pabellón español. V. sobre ambas controversias, M. J. AZNAR GÓMEZ "Algunos problemas jurídicos alrededor de H.M.S. Sussex", en VV. AA. *Comercio, redistribución y fondeadores: la navegación a vela en el Mediterráneo,* 2008, pags. 537-550 y F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, "El asunto del "Nuestra Señora de la Mercedes"(Odissey)", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 17, 2009, págs. 1-17 (consultado en http://www.reei.org/reei17/doc/articulos/articulo_CARRERA_FJesus.pdf).

[435] El Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático fue adoptado por el Consejo del Patrimonio Histórico Español el 10 de octubre de 2007 y aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2007. Puede consultarse en *PC y D,* núm. 11, págs. -353-365.

bienes localizados en los puertos de interés general, no tanto por tratarse de bienes *adscritos* a un servicio –la Ley pensaba más bien en inmuebles que constituyeran sedes de dependencias oficiales- sino por la interferencia que la gestión de este Patrimonio pueda tener en el funcionamiento del puerto. A ello se añade que el Plan afirma de manera categórica la competencia del Ministerio de Cultura, en coordinación con el Ministerio de Defensa, para autorizar campañas arqueológicas sobre pecios constituidos por buques de la Armada, en virtud de su carácter de buques de Estado[436]. Esta determinación, que admite pocas dudas respecto a buques de Estado de titularidad española sumergidos en aguas sobre las que España no ejerce ningún tipo de jurisdicción o soberanía, resulta incoherente con el criterio general establecido para la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónoma, puesto que *el Estado no ostenta competencias para la gestión del Patrimonio Cultural que recaiga sobre cualquier bien de su titularidad,* sino sólo respecto a los efectivamente adscritos a un servicio público gestionado por la Administración del Estado. De ahí que la concreción, de esta disposición del Plan a través de un acuerdo interdepartamental de los ministerios de

[436] Recordemos que los buques y aeronaves de Estado se definen como aquéllos que en el momento de su hundimiento fueran utilizados únicamente para un servicio público no comercial y sean identificados como tales (art. 1.8 CPPCS). Los Estados conservarían, en consecuencia, la titularidad sobre sus buques y aeronaves con carácter indefinido, lo que condiciona la aplicación de las determinaciones de la Convención al exigir el consentimiento del Estado de pabellón sobre cualquier operación que se emprenda sobre este tipo de restos en la plataforma continental o zona económica exclusiva y en la zona internacional de los fondos marinos (arts. 10.7 y 12.7 CPPCS). Sobre el régimen aplicable a los buques y aeronaves de Estado, v. S. TREVISANUT: "Le régime des épaves des navires d'Etat dans la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique", cit., págs. 643-686.

Defensa y Cultura, haya sido objeto de un requerimiento de incompetencia por Andalucía[437].

Al margen de estos supuestos, el Estado circunscribe su papel al de colaborador en la gestión autonómica con la aportación de medios técnicos, personales y financieros para la documentación y recuperación, en su caso, del Patrimonio sumergido pero sin intervención en la gestión jurídico-administrativa: es más, en el desarrollo de esas tareas se somete a la competencia autonómica[438]. Las Comunidades Autónomas tienen vía libre no sólo para la autorización de actividades arqueológicas, sino también para la declaración de espacios de protección arqueológica más allá de la zona marítimo-terrestre, a lo que ya se ha aprestado Andalucía[439].

---

[437] El Acuerdo Interdepartamental de 9 de julio de 2009 sobre colaboración y coordinación en el ámbito de la protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático fue objeto de un requerimiento de incompetencia por la Comunidad Autónoma andaluza en el que cuestionaba la competencia exclusiva del Ministerio de Cultura para autorizar actuaciones sobre pecios que tuvieran la consideración de buques de Estado, requerimiento que ha sido parcialmente atendido por el Estado. V. *Conflictividad entre Estado y Comunidades Autónomas,* boletines informativos del tercer trimestre 2009, pág. 51, para el requerimiento y del cuarto trimestre 2009, pág. 26, para la contestación, respectivamente.

[438] La importancia de la suscripción de convenios de colaboración Estado-Comunidades Autónomas se reitera en *el Libro Verde del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* del 2009, ya citado.. Uno de los primeros ejemplos es el Convenio Marco de colaboración entre el Ministerio de Cultura y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para la gestión de las actividades arqueológicas subacuáticas en el litoral de la Región de Murcia, el Estado se compromete a "colaborar" en la realización de las intervenciones a través del Museo Nacional de Arqueología Subacuática y, por su parte, la Comunidad Autónoma se compromete a "*expedir los permisos necesarios para la realización de las intervenciones arqueológicas subacuáticas*" (Cláusula Segunda 2, del Convenio, publicado en BOE núm. 132, 31 mayo 2010).

[439] Por Orden de 29 de abril de 2009 de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía se declaran como zonas de servidumbre arqueológica 42 espacios definidos "en las aguas continentales e interiores de Andalucía, mar territorial y

El criterio que adopta el Plan Nacional resulta coherente con la situación de la organización burocrática del Patrimonio Cultural en la actualidad: el grueso de la organización periférica estatal fue desmantelada o transferida a las Comunidades Autónomas, por lo que no parece muy realista esperar que el Estado hiciera una excepción para desarrollar un aparato ejecutivo propio para la gestión del Patrimonio Submarino, cuando además, en la etapa preconstitucional, la organización administrativa para su atención era mínima[440]. La posición del Gobierno central, además, abunda en la concepción funcional del dominio público marítimo-terrestre, como espacio sustraído a la propiedad privada, en el que Estado y Comunidades Autónomas ejercen sus respectivas competencias, concepción que, aunque afirmada por el Tribunal Constitucional, no ha sido llevada a sus últimas consecuencias en su concreta aplicación. Y, en todo caso, obvia la doctrina de la excepcionalidad del ejercicio autonómico de competencias sobre espacios marítimos adyacentes a las costas, sentada en la STC 38/2002 y reiterada en la STC 31/2010, en el terreno del Patrimonio Arqueológico.

La razonabilidad y el carácter pragmático del criterio que plasma el Plan no impide reconocer que la singularidad del espacio en el que se desenvuelven las competencias autonómicas reclama una ordenación específica que mejore la integración de las

---

plataforma continental ribereña al territorio andaluz", según expresa el propio título de la disposición.

[440] Limitada a la creación de los Patronatos de Excavaciones Arqueológicas Submarinas en las provincias marítimas de Cartagena (1970), Baleares (1970, Gerona (1972), Cádiz y Algeciras (1974).

actuaciones estatales y autonómicas. Aunque la convergencia espacial de competencias del Estado y de la Comunidades Autónomas no constituya una especialidad de las zonas marítimas respecto a las áreas terrestres, sí es apreciable en este caso un mayor peso de los títulos estatales de naturaleza ejecutiva (relaciones internacionales y defensa, régimen aduanero, pesca marítima, marina mercante, etc): sería necesario mejorar los mecanismos procedimentales que permitieran la toma en consideración de los intereses representados por cada ente territorial en el ejercicio de las competencias propias. Debe, además, tenerse en cuenta que para la actividad de vigilancia arqueológica, las Comunidades Autónomas han de apoyarse en la acción de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y en las Fuerzas Armadas en mayor medida de lo que requiere la gestión terrestre. Para finalizar, no pueden obviarse las implicaciones de Derecho Internacional no ya sólo porque, fuera de los límites del mar territorial y de la zona contigua, nos encontramos en espacios en los que no existe una soberanía plena del Estado litoral sino porque las características históricas y culturales de los bienes sobre los que recae la investigación arqueológica pueden dar pie a que otros Estados hagan efectivas reclamaciones fundadas en titularidades imprescriptibles (caso de los buques de Estado) o les habilite para tomar parte en la toma de decisiones relativas a las operaciones a llevar a efecto (Estados con vínculos verificables). Sería conveniente asignar, en este punto, un papel específico al Estado, como instancia administrativa de referencia en comunicaciones con nacionales y autoridades de terceros Estados y como nexo de comunicación con las administraciones autonómicas ordinariamente competentes.

III. EL DOMINIO PÚBLICO DE LOS HALLAZGOS DE BIENES CULTURALES

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Uno de los contenidos clásicos del tratamiento normativo del Patrimonio Arqueológico ha sido el régimen jurídico de los hallazgos y la atribución de titularidad sobre los bienes descubiertos. Aunque a día de hoy, superada la perspectiva fetichista, la Arqueología ha dejado de ser una disciplina que tiene por finalidad el descubrimiento y hallazgo de antigüedades, sigue siendo necesaria la determinación del régimen patrimonial de los bienes que el azar o la actividad investigadora vuelve a sacar a la luz. Ha de tenerse presente que las soluciones que a esta cuestión se ofrezcan desde el Derecho pueden contribuir o, por el contrario, constituir un obstáculo para la preservación de la significación cultural y científica de estos bienes. De ahí, que desde los primeros tratamientos normativos el Derecho público ha ofrecido un régimen propio diferenciado del régimen común de los hallazgos que depara el Derecho civil, como parte del instrumental arbitrado para alcanzar los objetivos de la política de tutela y gestión de estos bienes.

2. EVOLUCIÓN Y CONTEXTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS HALLAZGOS DE BIENES CULTURALES EN ESPAÑA

Históricamente el régimen de los hallazgos de bienes arqueológicos ha venido marcado por la confusión acerca de los respectivos ámbitos de aplicación de dos regímenes: un régimen común, de Derecho privado, ordenado a la composición de intereses particulares, y un régimen especial de Derecho Público, sobrevenido, que contempla específicamente el hallazgo de bienes arqueológicos

con soluciones funcionalmente muy diversas a las del Derecho común.

La divergencia se ha dado fundamentalmente en los hallazgos de bienes de naturaleza mueble, debido al peso y al arraigo de la institución del tesoro, pese a la abundante discusión doctrinal en torno a esta figura. En contradicción con las soluciones del tesoro se han sucedido diversos regímenes de Derecho público ordenados a preservar la integridad de los valores culturales presentes en los bienes descubiertos y a garantizar que las actividades de búsqueda e investigación se sujetan a control administrativo. En los hallazgos de bienes arqueológicos inmuebles la tensión entre los dos regímenes no ha sido tan acusada, ya sea porque no ha habido una consideración específica de los mismos o porque, cuando ésta se ha dado, se han confirmado en sede administrativa las determinaciones del Código Civil.

Por razones sistemáticas se tratará en primer término el régimen común de los hallazgos, desde la perspectiva de su aplicación a los bienes culturales, para exponer, a continuación, las disposiciones administrativas que, teóricamente, hubieran debido desplazar la aplicación del Código Civil.

2.1. El régimen civil como telón de fondo de la legislación administrativa especial

2.1.1. El tratamiento civil del hallazgo de bienes muebles valiosos: el tesoro

El régimen jurídico de los hallazgos de bienes muebles valiosos está marcado por el protagonismo de la figura del tesoro, si

bien éste no agota la regulación de estos hallazgos en el Derecho Civil. La institución del tesoro desde la perspectiva del Derecho de bienes ha sido objeto de discusión desde las fuentes romanas hasta nuestros días. Las notas que definen el propio concepto de tesoro, el régimen de adquisición que comporta o la naturaleza jurídica de dicha adquisición son cuestiones ampliamente debatidas[441]. La dificultad surge del hecho de que el concepto se construye a partir de la apariencia del hallazgo, se apoya sobre circunstancias fácticas, ocasionales y accidentales, proporcionando una solución única a supuestos que pueden ser extremadamente dispares en su naturaleza sustancial y debieran ser merecedores, desde esa perspectiva, de un diverso régimen jurídico[442]. Los ámbitos de aplicación del tesoro y del régimen de los hallazgos de cosas perdidas resultan tan difusos como divergentes las soluciones jurídicas que establecen una y otra regulación. Así, en tanto en el tesoro hay una atribución inmediata de la titularidad del bien desde el descubrimiento, con especial protagonismo del dueño del lugar donde se produce el hallazgo (*dominus loci*) y en menor medida del hallador, en las cosas perdidas hay una atribución diferida de la propiedad al hallador, cuando concluido un cierto período de publicidad, no se presenta el propietario de la cosa, sin que el *dominus loci* participe en la apropiación.

---

[441] Gráficamente sintetiza este debate A. AGUDO RUIZ, *Régimen jurídico del tesoro en Derecho romano,* Ed. Universidad de La Rioja y Dykinson, Madrid, 2005, págs. 26-27.

[442] V. G. ROTONDI, "I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro", cit., pág. 312.

En la regulación del tesoro hasta la actualidad se observan diferencias de tratamiento en la delimitación de los supuestos y en las finalidades pretendidas en conexión con la determinación de la titularidad pública del tesoro y de su alcance. El planteamiento de estas cuestiones y de su incidencia en el campo de los hallazgos de bienes culturales resulta relevante en la consideración del régimen vigente.

2.1.1.1. La evolución del concepto y del régimen jurídico del tesoro en Derecho romano y Derecho histórico castellano

Las fuentes romanas ya acreditan sucesivos cambios en el concepto y régimen jurídico del tesoro. Respecto al primero, es clásica la definición de PAULO, formulada en la segunda mitad del siglo II y que recogió el Digesto

> *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominium non habeat* (D. 41, 1, 31, § 1)

El objeto del tesoro según esta definición estaría constituido estrictamente por dinero (*pecuniae*)[443] que además debía reunir las notas de antigüedad, carácter ignorado del depósito y falta de dueño. La ocultación de dinero constituía un expediente corriente en las sociedades de la antigüedad, dada la inexistencia de entidades financieras para la realización de depósitos, como medio para

[443] No obstante, los romanistas han discutido sobre un posible sentido amplio del término *pecunia* que acogiera otros bienes muebles valiosos, v. A. AGUDO RUIZ, *Régimen jurídico del tesoro en Derecho romano,* cit., pags. 35-40.

conservar las riquezas familiares en tiempos de guerra y de invasiones. Los primeros fenómenos de devaluación monetaria condujeron de manera creciente a la inversión en bienes muebles preciosos, de valor más estable, que pasaron a constituir igualmente objeto de ocultación ante cualquier amenaza de rapiña o confiscación[444]. De este modo, se explica la ampliación en época postclásica del concepto legal de tesoro, en primer lugar, a las alhajas (*monilia*)[445] y finalmente a cualquier bien mueble de valor (*mobilia*)[446].

No es hasta la época de Adriano que el tesoro adquiere consideración autónoma respecto al fundo que lo contiene[447]. A este emperador se debe la formulación del régimen del tesoro a principios del siglo II d. C., que sería acogido en las Instituciones de Justiniano[448] y de donde pasaría finalmente al *ius commune*. De acuerdo con esta fórmula, el tesoro pertenece a aquél que lo descubre

---

[444] V. AGUDO RUIZ, *Régimen jurídico…,* cit., pág. 56.

[445] Constitución de Teodosio I promulgada el 26 de enero del 380, recogida en el Código Teodosiano: *Quisquis tesauros et condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia quolibet casu reppererit* […] (C. Th**.** 10, 18, 2)

[446] Constitución de León II y Zenón de 10 de octubre del 474, recogida en Código de Justiniano: *[…] thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia)* […] (C. J. 10, 15, 1)

[447] No hay datos seguros del régimen jurídico del tesoro en época republicana, pero algunas informaciones indirectas indicarían que el tesoro se consideraba *pars fundi*, v. A. AGUDO RUIZ, *Régimen jurídico…,* cit., págs.. 69-70 y 124-125.

[448] La regulación adrianea se fecha entre los años 117 y 138 y encuentra también reflejo literario en la *Vita hadriani* de Esparciano. Según las Instituciones de Justiniano: "*Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco foryuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, et si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius ese, dimidium fisci vel civitatis*" (IJ. 2, 1, 39).

(*invenerit*) en su fundo. En cambio, si el descubrimiento se produce en fundo ajeno con carácter fortuito (*non data ad hoc opera*) se distribuye por mitades entre el descubridor y el *dominus loci*. A *sensu contrario,* el hallazgo de tesoros *in alieno* como resultado de búsquedas deliberadas determina la atribución del hallazgo al propietario del lugar.

La solución adrianea dispone un esquema de reparto en función de las circunstancias del hallazgo, permitiendo una apropiación privada de los tesoros[449]. No obstante, también da cuenta de una pretensión de incrementar los bienes públicos con el tesoro fundada en el carácter público del suelo donde se producía el hallazgo: de manera análoga al descubrimiento *in alieno* en terrenos privados, al descubridor correspondía la mitad del tesoro en caso de descubrimiento casual en terrenos públicos y el resto a la autoridad como *dominus loci*[450].

Y es que, junto a la línea que proclama la apropiación privada de los hallazgos, las fuentes romanas también reflejan una diversa tendencia que se orienta a la apropiación pública. Desde los inicios de la época imperial se venían justificando pretensiones a favor de las arcas públicas sobre los tesoros, bien con base en una aplicación extensiva del régimen de los *bona vacantia,* bien fundadas en el

---

[449] Sigue la estela privatizadora la Constitución de Teodosio I del 380, aunque potencia la figura del descubridor que adquiría ¾ partes del tesoro en descubrimientos *in alieno non data ad hoc opera*, correspondiendo en ese caso al *dominus loci* tan sólo ¼.

[450] Por contraste en los lugares "sagrados" o religiosos" el descubridor adquiría la totalidad del tesoro, cualquiera que fuera la modalidad del hallazgo en el entendimiento de que tales terrenos no tenían un verdadero propietario.

carácter público del lugar en que se producía el hallazgo[451]. En este sentido, la eventual consideración de todo el territorio de las provincias como público –en el caso de las provincias senatoriales, por pertenecer al pueblo romano; en las provincias imperiales, al César- determinaba la atribución de los tesoros al erario o al fisco, respectivamente. Soluciones publificadoras y privatizadoras, con diversas fórmulas[452], se fueron sucediendo en el Derecho romano, perdurando finalmente el régimen de Adriano, confirmado en una Constitución de los emperadores León II y Zenón del año 474, que recogería el Código de Justiniano bajo el título "*De thesauro*"[453].

El Derecho medieval experimentó las mismas tensiones reguladoras que ya se daban en el Derecho romano. De una parte, el *ius commune* acogió la apropiación privada del tesoro según el régimen adrianeo. Frente a esta solución, los derechos particulares tendían a reconocer derechos al príncipe o al señor feudal sobre los tesoros. El Derecho castellano no fue ajeno a este conflicto. Así, Las Partidas, cuerpo en el que se materializó la recepción en Castilla del

---

[451] V. A. AGUDO RUIZ, ob. cit., págs. 74-75.

[452] Así, en época postclásica Constantino, mediante constitución de 30 de marzo del 315, afirma el derecho general del fisco sobre los tesoros descubiertos, aunque concede al descubridor la mitad del hallazgo siempre que espontáneamente lo hubiera puesto en conocimiento de las autoridades (C. TH. 10, 18, 1). Posteriormente, la Constitución de 26 de enero del 380 de Teodosio I, retornaría a la legislación adrianea, renunciando a toda pretensión general sobre los tesoros, aunque alterando el esquema de reparto a favor del hallador: en el descubrimiento casual *in alieno* correspondían ¾ al descubridor y tan sólo ¼ al *dominus loci* (C. Th. 10, 18, 2). V. la sucesión de regímenes en AGUDO RUIZ, ob. cit., págs. 95-113.

[453] Constitución del 10 de octubre del 474 (CJ. 10, 15, 1).V.A. AGUDO RUIZ, ob. cit., págs.113-119.

ius commune[454], dedicaban a la adquisición del tesoro la Ley XLV, Título XXVIII, de la Partida III[455], consagrando la atribución de todo el tesoro al descubridor *in suo* y la distribución por mitades entre propietario e inventor en caso de descubrimiento *in alieno non data ad hoc opera.* Ese mismo régimen se aplicaría a los hallazgos producidos en terrenos públicos. También pasaban a manos reales los hallazgos en los que mediara "encantamiento", lo que puede considerarse más una sanción que propiamente una regalía.

La tendencia regaliana, por el contrario, se plasmaría en la Ley XV dada por Juan I en Briviesca en 1387 y que recogió la Novísima Recopilación en la Ley III, Título XXII "De los bienes vacantes y mostrencos", Libro X[456]. En ella se declaraba la titularidad real de los

---

[454] Sobre la recepción en los reinos hispánicos del *ius commune*, v. E. GACTO FERNÁNDEZ, J. A. ALEJANDRE GARCÍA y J. M. GARCÍA MARÍN, *El derecho histórico de los pueblos de España,* Ed. AGISA, del que he manejado la séptima edición, Madrid, 1992, págs. 251-266. Sobre las Partidas, específicamente, págs. 275-277.

[455] Ley XLV, Título XXVIII, Partida III disponía: "*Cuyo deue ser el tesoro, que ome falla en la su heredad o en la agena*": *Thesoros fallan los omes a las vegadas en sus casas, e en sus heredades, por auentura, o buscándolos. E porque podría acaecer dubda, cuyo deue ser; dezimos, que si el tesoro es tal que ningund ome non pueda saber quien lo y metió, nin cuyo es, gana el señorio dello, e que deue ser todo de aquel que lo falla en su casa, o en su heredad. Fueras ende, si lo fallase por encantamiento, ca estonce todo deue ser del Rey. Mas si por auentura lo ouiesse y alguno escondido, e pudiese prouar, o aueriguar que es suyo; estonce non ganaría el señorio dello, el que lo fallasse en su heredad. E si acaeciesse, que alguno lo fallasse en casa, o en heredamiento ageno, labrando y, o en otra manera qualquier, si lo fallasse por auentura, non lo buscando el a sabiendas; estonce deue ser la meatad suyo, e la otra meatad del señor de la casa, o de la heredad, do lo fallo: mas si lo fallasse, buscándolo el estudiosamente; e non por acaescimiento de ventura; estonce deue ser todo del señor de la heredad, e non ha en ello, el que lo así falla, ninguna cosa. Esso mismo dezimos que seria, si el tesoro fuesse fallado en casa, o en heredamiento que pertenesciesse al Rey, o al Común de algund Concejo*"

[456] La Ley XV dada por Juan I en Briviesca en 1387 establecía: "*Ordenamos y mandamos, que qualquiera que supiere ó oyere decir, que en la ciudad, villa ó lugar donde morare, ó en su término hobiere tesoro ó otros bienes algunos, ó otras cosas que pertenezcan á Nos, que nos lo vengan á hacer saber luego por ante Escribano público á la Justicia que hobiere jurisdiccion en aquel lugar: y el que lo hiciere así saber, si fuere hallado, que fue así verdad lo que hizo saber, que haya por galardon la quarta parte de lo que así hiciere saber: y*

tesoros y formulaba cierto régimen de policía de los hallazgos por parte de las autoridades. Al descubridor tan sólo correspondía un cuarto del tesoro en concepto de premio por la diligente comunicación del descubrimiento. La jerarquía de fuentes vigente en Derecho castellano determinaba la aplicación del *ius proprium*, representada por la ley XV de Juan I, con preferencia a Las Partidas, que regían en defecto de leyes –las emanadas del Rey, de Cortes o conjuntamente de Rey y Cortes- o de fueros locales[457]. Pese al tenor de la legislación, abundaban las opiniones que cuestionaban las pretensiones de la Corona sobre los tesoros por contradecir las fuentes romanas aunque, como se ha indicado, éstas no seguían una línea unívoca. En este sentido, se discutió si la Ley XV de Juan I desplazaba en todo caso el régimen de Las Partidas o si, por el contrario, constituía una norma sólo aplicable al supuesto de descubrimiento del tesoro en suelo público[458].

La Novísima Recopilación recogió la Ley de Juan I en Briviesca entre otras disposiciones que reconocían privilegios al Príncipe -o, en su caso, al señor- sobre los hallazgos de cosas

---

mandamos que la Justicia del lugar ó término donde esto acaeciere, que luego que tal cosa le fuere hecha saber en cualquiera manera, que de su oficio sepan la verdad del hecho, ó por pesquisa, y por quantas partes pudieren; y todo lo que sobre tal cosa hallaren en tal hecho, que lo envien ante Nos cerrado, y sellado y signado de Escribano público, porque Nos veamos y mandemos sobre ello lo que nuestra merced fuere, y hallaremos por Derecho; y si lo así no hicieren, que por el mismo hecho pierdan el oficio...".

[457] Esta jerarquía en la aplicación de las fuentes del Derecho histórico en Castilla se estableció originariamente en la Ley I, título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá (1348) y se repite en la Ley I de Toro (1505). Se recogió igualmente como Ley III, Título I, Libro II en la Nueva Recopilación (1567) y, por lo que a nosotros nos interesa, revelador de su vigencia al tiempo de la Instrucción, como Ley III, Título II, Libro III de la Novísima Recopilación (1805).

[458] V. J. L.MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* Ed. Bosch, Barcelona, 1980, págs. 73-74.

perdidas cuyo dueño no compareciera. Estas últimas constituyen la categoría histórica de los bienes mostrencos, cuya denominación proviene del régimen de publicidad a que se les sometía –eran mostrados o puestos de manifiesto- para la localización del dueño por las autoridades locales encargadas de su custodia[459]. Así, la Ley de Don Alonso y Don Enrique III dispone la aplicación a la Real Cámara de los mostrencos[460]. Por su parte, la Ley XXXI dada por los Reyes Católicos en Madrigal en 1476 hace referencia a "*aquel á quien pertenesciere por privilegio, uso y costumbre lo mostrenco*" [461]. Ya en el siglo XVIII, la Instrucción dada por el rey Carlos III el 26 de agosto de 1786[462] reiteraba con carácter general la pretensión real sobre mostrencos, vacantes y abintestatos, aunque admitía la posibilidad de que ciertos señores o comunidades pudieran percibirlos por título, privilegio o prescripción. Esta instrucción contenía asimismo una ambigua alusión a los tesoros[463] que, en el contexto de una norma de reafirmación de derechos del Rey, indicaría más bien una atribución general de todos los tesoros que se descubrieran a la Corona, que una disposición limitada a aquéllos que aparecieran en terrenos públicos.

---

[459] V. J. ESCRICHE, voz "Bienes mostrencos", *Diccionario de legislación y jurisprudencia,* Tomo II, Madrid, 1874, pág. 91.

[460] Ley II, Título XXII, Libro X de la Novísima Recopilación.

[461] Ley IV, Título XXII, Libro X de la Novísima Recopilación.

[462] Incluida en la Ley VI, Título XXII, Libro X de la Novísima recopilación, junto al Decreto de Carlos III de 27 de noviembre de 1785, inserto en cédula del Consejo de 6 de diciembre de 1785, por la que se atribuye al Superintendente General de Correos y Caminos jurisdicción privativa sobre los mostrencos, vacantes y abintestatos, con exclusión de los tribunales ordinarios.

[463] Instrucción de 26 de agosto de 1786, 2: "[…] *todos los que supieren de algún mostrenco ó abintestato, ó descubrimiento de tesoro perteneciente á S. M., lo vayan a declarar sin dilación ante el Juez que publicare el edicto* […]".

El conflicto entre las soluciones previstas por el *ius commune* y el *ius proprium* se resolvería en el siglo XIX con la confirmación del régimen previsto en Las Partidas por la Ley de 9-16 de mayo de 1835, comúnmente conocida como Ley de Mostrencos[464]. Esta importante norma, directa antecedente de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, afirmó la pertenencia al Estado de los bienes vacantes, ya fueran muebles, inmuebles o semovientes, que carecieran de dueño (arts. 1º. Primero y 3º). Igualmente atribuía al Estado los buques naufragados arribados a las costas y sus cargamentos, así como otro restos que la mar arrojare a las playas, una vez transcurrido el tiempo prevenido para entender que carecían de dueño conocido (arts. 1º. Segundo y Tercero). La norma estaba en la línea de la legislación desamortizadora, por tanto, marcada por el objetivo prioritario de allegar recursos a las arcas del Estado para aplicarlos al pago de la deuda pública (art. 13).

En intenso contraste con estas determinaciones se encuentra, sin embargo, la disposición que se dedicaba al tesoro (art. 1º. Cuarto). El precepto se limitaba a afirmar que correspondían al Estado la mitad de los hallados en terrenos de su titularidad, en tanto que para los descubiertos en propiedades particulares se observaría lo dispuesto en Las Partidas. El precepto debe interpretarse en el

---

[464] Una denominación que contrasta con el contenido de la propia Ley, que no se limita al régimen de lo que en Derecho histórico castellano se entendían por bienes mostrencos. El artículo 13 de la Ley 9- 16 de mayo de 1835 emplea el término "mostrencos" para referirse a todos los bienes que se atribuyan al Estado en aplicación de sus preceptos, sin que llegar a arbitrar un específico mecanismo de publicidad. Esta omisión es llamativa si se tiene en cuenta que vino a sustituir las disposiciones de la Novísima Recopilación al respecto, entre ellas la Instrucción de Carlos III de 26 de agosto de 1786 que regulaba prolijamente la cuestión. A raíz de la promulgación de la Ley de 9-16 de mayo de 1835, la palabra "mostrenco" perdió el significado ligado a su etimología y pasó a ser empleada como sinónimo de todo bien mueble que, carente de dueño, era atribuido al Estado.

sentido de confirmar el régimen de Las Partidas en todo caso y no sólo para el caso de tesoros descubiertos en suelos privados. Es decir, que al Estado correspondería la mitad de los tesoros descubiertos en sus terrenos cuando un tercero lo hubiera descubierto casualmente: en las demás modalidades de hallazgos en terrenos públicos correspondería al Estado la totalidad del tesoro, ya que parece poco probable que la Ley de Mostrencos pretendiera en este punto hacer de peor condición como *dominus loci* al Estado que a los particulares. La Ley de Mostrencos, por tanto, pone fin a las pretensiones a favor de las arcas públicas de carácter general sobre los tesoros, anticipando el régimen finalmente consagrado en el Código Civil.

2.1.1.2. El tesoro en el Código Civil de 1889

La regulación del tesoro en el Código Civil se aborda en dos ubicaciones diversas. De una parte, el Título Primero del Libro Tercero, "De la ocupación", contiene los artículos 610 y 614. El primero señala que se adquieren por ocupación los bienes apropiables por naturaleza que carecen de dueño, entre los cuales se cita el tesoro oculto; el segundo artículo acoge el supuesto del descubrimiento casual *in alieno* para, simplemente, remitir a lo dispuesto en el artículo 351. Éste último precepto, que es el que propiamente procede a regular la adquisición, y el 352, que formula el concepto de tesoro, se insertan en el Capítulo Primero, "De la propiedad en general", del Título II, Libro Segundo. Completan las referencias los artículos 471, según el cual el usufructuario tiene la condición de tercero a efectos de descubrimiento, y el 1632 que, por el contrario, reconoce al enfiteuta en esta materia los mismos derechos que corresponden al propietario del fundo.

La escisión en la sistemática expositiva del régimen jurídico del tesoro (artículos 351 y 352, de una parte; 610 y 614, de otra) es, en buena medida, el origen de las múltiples controversias que genera esta institución en la doctrina. Debemos destacar en España las figuras de MOREU BALLONGA y PANTALEÓN PRIETO, pues a ellos se deben los dos estudios más completos sobre el tesoro realizados en nuestro país. Sus obras – respectivamente: *Ocupación, hallazgo y tesoro*[465], tesis doctoral publicada en 1980, y el "Comentario a los artículos 610 a 617" de 1987, incluido en los Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales dirigidos por ALBALADEJO[466] – recogen y sistematizan la totalidad de las numerosas aportaciones doctrinales en la materia, procedentes de romanistas y civilistas de toda época y lugar. Formulan, a su vez, sus personales interpretaciones de la institución del tesoro, cuya correcta comprensión exige ubicarlas en el contexto más amplio del debate doctrinal sobre el concepto de ocupación que asume el Código Civil. Seguiremos como hilo conductor las aportaciones de estos autores, a cuyos trabajos remitimos para obtener un conocimiento completo de cuestiones que aquí quedarán meramente esbozadas.

2.1.1.2.1. El concepto de tesoro del artículo 352 del Código Civil

El artículo 352 del Código Civil establece que es tesoro "el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos

---

[465] J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, cit., 693 págs.

[466] A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", en *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales,* dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, Tomo VIII, Volumen 1º., "Artículos 609 a 617 del Código civil", Ed. EDERSA, Madrid, 1987, págs. 22-599.

preciosos, cuya legítima pertenencia no conste". Se trata, por tanto, de un medio de adquisición de la propiedad que tiene como objeto a los bienes muebles. No obstante –como se verá posteriormente- puede extenderse a la categoría de los bienes inmuebles por destinación (art. 334.4º CC), caracterizados por no estar vinculados al lugar del hallazgo "orgánicamente"–no hay adhesión- sino por la voluntad del titular de dedicar tales bienes al servicio del inmueble, pudiéndose separar del bien principal "sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto" (art. 334.3º CC, referido a los inmuebles por incorporación)[467].

El término "depósito" para definir el tesoro, presente ya en las formulaciones romanas, ha sido generalmente interpretado con carácter descriptivo y no en sentido técnico-jurídico, de tal manera que no impediría que objetos que quedaron ocultos por efecto de las fuerzas de la naturaleza puedan alcanzar la consideración de tesoros. A tal fin, resulta indiferente que el ocultamiento sea o no el resultado de la acción humana[468].

---

[467] V. L. DÍEZ-PICAZO, en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. III "Las relaciones jurídico – reales. El Registro de la Propiedad. La posesión", Ed. Civitas, Madrid, del que manejo la cuarta edición, de 1995, págs. 185-194, señala los requisitos y diferencias de los conceptos de incorporación y de destinación, como modos diversos de inmovilización de los bienes muebles. Transcribo por su claridad las siguientes palabras "...En la inmovilización por incorporación el criterio obedece a la existencia de unidad real, a la material inalterabilidad y a la idea económica de que la separación comporta <<quebrantamiento de la materia>> o <<deterioro del objeto>>. En cambio, las cosas ocurren de una manera muy distinta en la inmovilización por destino. CASTÁN recuerda la afirmación de PLANIOL de que en la inmovilización por destino hay una ficción de inmovilización", págs. 192-193.

[468] *V.* por todos, V. L. MONTÉS PENADÉS, en su comentario a los artículos 351 y 352 incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, Tomo V, Vol. 1.º, "Artículos 333 a 391 del Código Civil", 2.ª edición, Ed. EDERSA, Madrid, 1990, pág. 268, y A. F.

Precisamente, el requisito de la ocultación del tesoro constituye uno de los aspectos más discutidos de esta figura. La redacción del Código Civil, como ya hiciera el artículo 395 del Proyecto de 1851, recogió esta nota, apartándose de las fuentes romanas para las que lo característico del depósito era ser *vetus*, antiguo. Esta circunstancia ha propiciado dos posiciones en la doctrina, estrechamente vinculadas a las diversas tesis sobre la naturaleza jurídica de la adquisición. De una parte, la mayoría de los autores considera que el Código Civil prescindió conscientemente de la antigüedad del depósito, como hicieron prácticamente todos los códigos de su época[469], para sustituirla por el ocultamiento. Frente a ellos se sitúan quienes rechazan que el ocultamiento constituya un requisito esencial del concepto de tesoro y retoman la exigencia de antigüedad, que debe entenderse implícita en la definición del 352. Los máximos exponentes de la polémica son, respectivamente, PANTALEÓN PRIETO y MOREU BALLONGA. El primero se apoya en la literalidad del Código que, con la salvedad de los artículos 471 y 1632, emplea siempre la expresión "tesoro oculto". El ocultamiento justificaría los derechos del dueño del fundo y es lo que permite diferenciar el tesoro de los bienes que pueden ser estrictamente objeto de ocupación, en cuya adquisición sólo interviene el ocupante,

---

PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.,* pág. 400. Un sentido estricto de depósito defiende J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, aunque su argumentación en este punto está condicionada por la crítica al Tribunal Supremo por obviar el régimen de la legislación especial administrativa en la sentencia de 22 de marzo de 1976 (Ar. 1425) sobre la Dama de Baza, v. "La Dama de Baza", *Revista de Derecho Privado,* julio-agosto 1976, pág. 583.

[469] No exigían la antigüedad del depósito el art. 716.2.º del Código francés, el 714.2º del Código italiano de 1865, directo precedente del español, ni el 932.1º del Código Civil italiano de 1942. Sí mantienen el requisito de la antigüedad el parágrafo 984 del *Bürgerliches Gesetzbuch* y el artículo 723 del Código suizo.

sin que la condición de propietario del lugar posea relevancia alguna a tal efecto[470]. En cambio, para MOREU la antigüedad es requisito consustancial, fundamento de los derechos del *dominus loci* y de que el tesoro no sea sometido al régimen de publicidad previsto por el artículo 615 para las cosas muebles perdidas, en cuya adquisición también resulta irrelevante la figura del titular del fundo[471]. Por su parte la jurisprudencia, siguiendo a la doctrina mayoritaria, se ha pronunciado rechazando sin ambages que la antigüedad sea requisito del tesoro, si bien, reconoce que por regla general sólo serán tesoros los hallazgos antiguos[472].

La exigencia de que el depósito sea "ignorado", frecuentemente disuelta en la idea de ocultamiento, aparece por primera vez en la Ley de Mostrencos, recogiéndose en el Proyecto de 1851 y en la redacción de 1889. Ha sido también objeto de matización por la doctrina, que ha precisado que no es el conocimiento de la existencia del depósito lo que impide que nos encontremos ante un verdadero tesoro, sino el conocimiento de su exacta localización[473].

---

[470] *V.* A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 164-168, 391-392.

[471] *V.* J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.*, págs. 279-287. Sobre la redacción del artículo 352 afirma que "debe entenderse como mera <<descripción>> de un típico hallazgo antiguo", pág. 349. *Contra* PANTALEÓN, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 407-410.

[472] Sentencias del Supremo de 8 de septiembre de 1902, de 17 de abril de 1951 (Ar. 1017) y, más recientemente, la de 30 de enero de 1990 (Ar. 101), que afirma que con la supresión de la antigüedad "se elimina la cuestión ciertamente aporética de precisar en qué fecha o época ha de provenir ese dato de temporalidad pretérita"

[473] Por todos, *V.* A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 381-382 y 410-411. *Contra* STS 22 diciembre de 1882,

Finalmente se requiere que no conste la legítima pertenencia del depósito. Es la denominada "*inhallabilidad del dueño*", es decir, que aun existiendo un propietario sea imposible que pueda presentarse y probar su dominio. No bastaría, pues, el mero desconocimiento[474]. Precisamente para decidir si concurre o no la inhallabilidad del dueño, la jurisprudencia ha terminado por recurrir a la antigüedad del depósito como un indicio más en que fundarla, aunque, rechazando que pueda constituir elemento esencial del concepto de tesoro. La falta de antigüedad del depósito, junto con otros elementos indiciarios que se puedan dar según las circunstancias del caso, resulta relevante a la hora de delimitar la aplicación del régimen del tesoro y de determinar la titularidad sobre el bien[475]. Por otra parte, el conocimiento del dueño originario no

---

anterior a la vigencia del Código Civil, criticada por MOREU, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.*, págs. 298-299.

[474] En este punto las posturas se escinden de nuevo. Están los que como PANTALEÓN entienden que la "inhallabilidad del dueño" debe ser una condición real del depósito, de tal manera que se adquiere irrevocablemente como tesoro en el mismo momento de su descubrimiento si se dan efectivamente los presupuestos del artículo 352, pese a que por las circunstancias del hallazgo se tomara como cosa perdida y poseída, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.*, págs. 362-376. La otra postura entiende que la "inhallabilidad del dueño" debe deducirse de las circunstancias del hallazgo, de la apariencia. Aquí la doctrina se divide entre quienes defienden que la apariencia objetiva de inhallabilidad puede fundar una adquisición irrevocable (PEROZZI y BUCCISANO, citados por A. F. PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, págs. 371-374) y los que admiten que el tesoro puede reivindicarse y, consecuentemente, su adquisición sería provisional en tanto no se presente un propietario que pueda probar su dominio (autores citados por A. F. PANTALEÓN PRIETO, *op. cit*, nota 14, pág. 368).

[475] La sentencia del TS de 17 de abril de 1951 (Ar. 1017) lo expresa con claridad al decir "...si ciertamente los preceptos legales citados en el recurso prescinden del requisito de la antigüedad del depósito al señalar los que son constitutivos del tesoro, apartándose en este aspecto del precedente romano y de alguna legislación extranjera vigente, es lo cierto que *la ignorancia de la legítima pertenencia va frecuentemente motivada por la antigüedad del depósito y en este sentido la Sala sentenciadora ha visto una razón más, no la única ni la más esencial, para denegar la existencia jurídica de tesoro* en el hecho de que el depósito data de fecha relativamente reciente, en que el demandante ya actuaba como joyero en el local

obsta a que pueda apreciarse la inhallabilidad del dueño actual[476]. Tampoco la constancia de que se trate de cosas verdaderamente *nullius* o abandonadas impediría su consideración como tesoro si el depósito reuniera los restantes requisitos (ocultación, valor o precio)[477].

2.1.1.2.2. El régimen jurídico del tesoro

El régimen jurídico del tesoro se contiene sustancialmente en el artículo 351 del Código Civil, que recoge la clásica regulación de Adriano. Ésta se ordena en esencia a compatibilizar dos intereses por principio contrapuestos: los del propietario del lugar y los del tercero descubridor.

Desde esa perspectiva, la regulación contempla dos supuestos de hallazgo: el descubrimiento *in suo*, con atribución de la titularidad del tesoro al descubridor *dominus loci*, y el descubrimiento *in alieno*, principal hipótesis conflictiva, que distingue a su vez según el descubrimiento sea fruto de la casualidad o de una búsqueda

---

del hallazgo y adquiría metales preciosos para el desenvolvimiento de sus negocios..." (el subrayado es nuestro). También la sentencia de 8 de febrero de 1902 resuelve por presunciones la no existencia de tesoro, fundadas en que la fecha de acuñación de algunas de las monedas encontradas era posterior a la adquisición por los causantes de los demandantes del mueble-librería en que se produjo el hallazgo.

[476] *V*. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs 284-285.

[477] Sobre la aplicación del tesoro a cosas sin dueño, *V*. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 284 y 342, aunque sujeto siempre a la condición de antiguo del hallazgo; A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 360-363.

deliberada. Para el primer caso, dispone el clásico reparto del tesoro entre *dominus loci* y descubridor. Cuando el hallazgo se produce *data ad hoc opera,* el hallador queda privado de todo derecho, correspondiendo la totalidad del tesoro al dueño del lugar, solución que se ha justificado en la necesidad de desincentivar las búsquedas no autorizadas en predios ajenos[478]. De ahí que muchos autores hayan considerado que en los supuestos de búsquedas autorizadas por el *dominus loci*, al desaparecer el peligro que la norma pretende combatir, mantendría el descubridor sus derechos sobre la mitad del tesoro[479].

Por descubridor debe entenderse a quien materialmente realiza el hallazgo, no la persona por cuya cuenta trabaja, con la única salvedad de que hubiera sido contratado por el dueño del lugar para la búsqueda del tesoro, supuesto usualmente calificado como descubrimiento *in suo*[480]. En cuanto a qué hecho se considera jurídicamente relevante como descubrimiento, la opinión mayoritariamente compartida es que no basta la mera localización, sino que es necesario el desvelamiento, "sacar a la luz" el tesoro o, en

---

[478] Otras regulaciones de Derecho comparado (*B.G.B.* y códigos civiles suizo y portugués) han dejado para el derecho de daños la sanción de estas conductas, debiendo indemnizar el descubridor al propietario por las búsquedas no autorizadas, pero sin que pierda sus derechos sobre el tesoro descubierto.

[479] *V.* por todos, J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* pág. 382, nota 566; A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 422-427 duda si el pacto entre propietario y tercero permitiría adquirir *ex lege* al segundo o si sólo tendría eficacia obligatoria.

[480] *V.* A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 416-421, para quien el tesoro se atribuiría enteramente al propietario aunque no hubiera comunicado a las personas contratadas el propósito de las excavaciones, siempre que sea capaz de probar plenamente sus intenciones.

su defecto, hacer pública la radicación exacta del mismo[481]. En cualquier caso, la tesis dominante considera que no es necesaria la aprehensión del depósito, ni un específico *animus rem sibi habendi* y se califica el descubrimiento como un mero hecho jurídico[482].

La adquisición se produce, según la opinión dominante en nuestra doctrina, con el descubrimiento, momento en el que *dominus loci* y descubridor se convierten en copropietarios del tesoro descubierto casualmente[483]. Sólo marginalmente se ha defendido que el titular del fundo adquiera anticipadamente el tesoro, desde que éste deviene falto de dueño, postura íntimamente ligada a la tesis que se sostenga respecto al fundamento de los derechos del propietario.

2.1.1.2.3. La naturaleza jurídica de la adquisición del tesoro: el juego de los principios de ocupación y accesión

Los debates doctrinales se han centrado en la determinación del título por el que se adquiere el tesoro. La especificidad del hecho adquisitivo, el peso de las construcciones clásicas y la controvertida

---

[481] *V*. un resumen de las teorías, J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 267-269 y A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 411-412

[482] *V*. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* pág. 252, 572- 573, y A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 72 y 432, coincidentes en afirmar la no necesidad de *corpus* y de *animus;* lo que no impide a MOREU seguir manteniendo que el descubridor adquiere por ocupación, tesis abiertamente rechazada por PANTALEÓN.

[483] *V*. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 399-401, y A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,*págs. 70-72, 432.

ubicación de las referencias al tesoro en el Código han alimentado uno de los debates científicos más intensos del Derecho Civil.

En relación al descubridor, se parte de la afirmación contenida en el artículo 610, según el cual el tesoro oculto se adquiere por ocupación. Sin embargo, el artículo 614 - que por su localización debiera ser el razonable desarrollo de la afirmación anterior - contempla exclusivamente la hipótesis del descubrimiento casual *in alieno*, remitiendo a lo establecido en el artículo 351. Estas disposiciones, que tienen su precedente en el Código Civil italiano de 1865, han sido fuertemente criticadas dada la abierta contradicción del concepto clásico de ocupación con la adquisición del tesoro. De acuerdo con aquélla, la ocupación sólo recae sobre cosas *nullius* o *derelictae*, y requiere el *corpus* o aprehensión material del bien y el *animus rem sibi habendi*. Sin embargo, no es necesario el concurso de ninguno de estos elementos para la adquisición del tesoro.

La constatación de esta paradoja ha llevado a algunos autores a defender que la adquisición del tesoro constituye un supuesto especial de ocupación, suavizando la exigencia de alguno o varios de los elementos tradicionales[484]. Más singular es la postura de MOREU, quien sostiene que el Código Civil acoge un concepto de ocupación diverso al de las fuentes romanas a fin de efectuar una regulación unitaria del fenómeno del hallazgo, que permita explicar desde una única figura tanto la adquisición de las cosas muebles abandonadas (art. 610), como la del tesoro (art. 614) o la de las cosas perdidas

[484] J. L. MOREU BALLONGA expone someramente las diversas tesis que intentan compatibilizar la noción clásica de ocupación y la adquisición de los hallazgos, en *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 222-224 y págs. 238-255 que recoge las variadas interpretaciones sobre el *animus* y el *corpus.*

consignadas y no reclamadas (art. 615)[485]. En abierta oposición con las tesis de MOREU, se sitúa PANTALEÓN, quien partiendo de la definición romana de ocupación, niega que sea aplicable a la adquisición de la mitad del tesoro por el tercero descubridor. Según este autor, el derecho del descubridor casual se justifica como una suerte de premio legal por hacer efectiva la actualización del derecho del *dominus loci*[486].

El artículo 351, a cuyo contenido remite el artículo 614 del Código, se localiza en el Capítulo Primero, "De la propiedad en general", del Título II Libro II, y en él se establecen los derechos del dueño del lugar en todos los supuestos de descubrimiento. Esta particular ubicación ha llevado a que parte de la doctrina justifique la adquisición del *dominus loci* en el previo artículo 350, en virtud del cual el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. En este sentido, el artículo 351 vendría a ser una suerte de desarrollo específico de este principio[487]. Algún apoyo

---

[485] J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.*, págs. 24-31.

[486] *V.* A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 44-72.

[487] Esta tesis se desliza en la polémica sentencia sobre la Dama de Baza, de 22 de marzo de 1976 (Ar. 1425). El TS confirma en todos sus términos la sentencia de primera instancia, cuyo considerando segundo señala "... el punto de partida ineludible tiene que ser el contenido del art. 350 del CC que, en consonancia con el sistema que éste consagra respecto del derecho de propiedad, dice que el propietario de un terreno <<es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan...>>, norma que se complementa para el caso del tesoro oculto en el párrafo primero del art. 351 en el sentido de que <<...pertenece al dueño del terreno en que se hallare>>; principio genérico éste que ofrece algunas especialidades – que no verdaderas excepciones de la regla general indicada -...". V. en general sobre esta sentencia J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La Dama de Baza",

suministra la ambigua redacción del artículo 351, ya que cuando se dice que el tesoro pertenece al dueño del terreno "en que se hallare", esta última expresión puede significar tanto "en que estuviere" como "en que se descubriere"[488]. No obstante, la doctrina dominante rechaza que el 350 esté en conexión con el 351 con el principal argumento de que ello implicaría considerar al *dominus loci* con derechos sobre el tesoro antes del descubrimiento[489].

Los derechos del propietario han sido mayoritariamente interpretados en clave de accesión, al menos para el supuesto del descubrimiento *in alieno*, pese a la consideración unánime de que el tesoro no es ni *pars fundi* ni fruto[490] y al hecho de que el Código Civil no lo regula en sede de accesión. La doctrina mayoritaria ha partido de un concepto amplio de accesión, entendida como adquisición por efecto de la propiedad sobre otra cosa, que en este caso se haría efectiva en el momento del descubrimiento. Los italianos hablan de adquisición por "atracción real" o "fuerza expansiva del dominio"[491].

Revista de Derecho Privado, julio – agosto 1976, págs. 569-597; B. MENCHÉN BENÍTEZ, "Sentencia de la Dama de Baza", *RCDI,* núm. 516, 1976, págs. 1187-1198; y J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, ob. cit.*, tomo II, págs. 390-394.

[488] A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.,* págs. 51 y 52.

[489] *V.* por todos, J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 398-399 y A. F. PANTALEÓN PRIETO, *ibidem* y pág. 42.

[490] Que el tesoro no es fruto se decía expresamente en el artículo 395 del Proyecto de 1851 y lo mismo se deduce del artículo 471 del Código Civil, cuando no reconoce al usufructuario los derechos del *dominus loci* sobre el tesoro. *V.* J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, ob. cit., pág. 372.

[491] *V.* J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.*, págs. 372-374 y A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", pág 40 y nota 30.

Coinciden MOREU y PANTALEÓN en este punto, si bien discrepan en los motivos que justifican la adquisición *iure dominii*. Para MOREU, en línea con su defensa de la antigüedad como requisito del tesoro, es una suerte de mérito del fundo el haber albergado o custodiado durante mucho tiempo el depósito, que beneficia al dueño al momento del descubrimiento[492]. Según PANTALÉON, el ocultamiento justifica la apropiación por el titular del predio[493].

Son, por tanto, ocupación y accesión/atracción real las ideas que polarizan las explicaciones doctrinales sobre la adquisición del tesoro. Dicho esto, las posturas se diversifican a la hora de conceder protagonismo a uno y otro principio en la fundamentación del régimen jurídico. Todas ellas han sido extensamente analizadas por los autores que venimos citando en sus respectivos trabajos, aunque seguiremos como hilo conductor, la sistematización de PANTALEÓN por su mayor claridad[494].

En un extremo, se situarían quienes defienden la ocupación como idea clave, en el descubrimiento *in suo* y en el descubrimiento casual *in alieno*, y niegan el juego de la accesión, explicando los derechos del propietario no descubridor como una especie de "premio de consolación". Más común es la interpretación de la adquisición del tesoro como un "juego equivalente y recíprocamente limitado" de los principios de accesión y de ocupación. Esta tesis,

---

[492] J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 375-376.

[493] A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", *ob. cit.*, págs. 31, 42-43, 164-168.

[494] A. F. PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.,* págs. 73-78. MOREU reproduce las diversas explicaciones en *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 385-391.

llevada a sus últimas consecuencias, determina que el *dominus loci* en el descubrimiento *in suo* adquiera la mitad del tesoro por ocupación y la otra mitad por accesión.

La tercera postura tiene en cuenta la redacción del artículo 351 en su párrafo segundo – que se inicia con un "sin embargo"- y considera que el precepto contempla la adquisición del tercero descubridor casual como una suerte de excepción a la regla general de apropiación por el dueño del fundo que prevé el párrafo antecedente. A esta apreciación se sumaría el hecho de que el artículo 614, único en sede de ocupación junto al 610 que alude al tesoro, sólo se refiere al tercero descubridor casual. Conjugando ambos datos, se ha afirmado que la accesión/atracción real es la idea clave en el tesoro, que regiría tres de los cuatro supuestos adquisitivos (descubrimiento *in suo*, casual o no, y descubrimiento *in alieno data ad hoc opera*). Este principio general concurriría excepcionalmente con el de ocupación en el descubrimiento casual *in alieno*, justificando la atribución de la mitad del tesoro al tercero. En esta línea se inscribe MOREU, desde su peculiar concepto de ocupación que, alejada del concepto clásico, no exige aprehensión ni *animus rem sibi habendi*[495].

En el extremo de las posiciones inicialmente expuestas, se encuentra PANTALEÓN. Coincide en la interpretación del artículo 351 en términos de una regla general favorable al *dominus loci*, sólo excepcionada por la aplicación de medio tesoro al tercero descubridor casual. Rechaza, en cambio, el juego de la ocupación en este supuesto, pese al tenor literal del artículo 610 y al encaje

[495] J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro, ob. cit.,* págs. 383, 386.

sistemático del 614, y explica la adquisición del tercero como un "premio legal por el descubrimiento", por haber actualizado la realización del derecho del propietario al tesoro oculto en su finca[496].

La opción por alguna de estas interpretaciones tiene implicaciones que exceden el intento dogmático por ofrecer una explicación coherente a las disposiciones del Código, puesto que, como han evidenciado MOREU y PANTALEÓN, tiene consecuencias prácticas en la distribución del tesoro en determinados supuestos. Particularmente, en el descubrimiento *in suo* en terrenos en copropiedad, cuando sólo uno o varios de los condueños ostentan la condición de descubridores[497].

2.1.1.2.4. Estado y tesoros

Como se indicó, la Ley de Mostrencos de 1835 optó por suprimir toda regalía sobre los tesoros, solución que confirmaría el Código Civil en 1889. El principio general establecido, en línea con los códigos contemporáneos, fue la apropiación privada de los tesoros. En este punto, el Estado y las restantes administraciones de la época (municipios y provincias) dejaron de ostentar una posición privilegiada para someterse al régimen común.

Sin embargo, la adquisición del tesoro por el Estado, aun siguiendo el régimen común, no deja de presentar singularidades. La

---

[496] A. F. PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, págs. 44-72.

[497] Sobre la incidencia en el reparto de las diferentes explicaciones doctrinales, v. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., págs. 387-391; A. F. PANTALEÓN PRIETO, cit., págs. 78-88.

principal deriva del hecho de que las administraciones públicas, como personas jurídicas, no tienen entidad física lo que impide poder considerarlas sujetos activos del descubrimiento, evento que es tomado en cuenta por el Derecho exclusivamente en su realización material. Como se indicó, la condición de descubridor corresponde a quien materialmente realiza la operación de sacar a la luz, de desvelar el tesoro y no a la persona por cuya cuenta trabaja, según criterio dominante en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo cuando el objeto de los trabajos consistiera precisamente en la búsqueda de tesoros se admite la imputación del hallazgo al patrón, del cual el trabajador se consideraría un mero instrumento[498].

Para matizar las consecuencias de la aplicación de este criterio a las Administraciones, se ha sugerido que los funcionarios o empleados públicos no adquirirían para sí cuando se produjera el descubrimiento en ejercicio de sus funciones[499]. Sin embargo, esta interpretación supone dispensar un trato diverso al trabajador público respecto al trabajador por cuenta ajena ante el hecho del descubrimiento, limitando sus posibilidades de adquisición, sin que exista una razón cualificada de interés público que lo justifique o al menos una disposición que explícitamente disponga que el funcionario actúa a estos efectos como "representante" del Estado. En ausencia de una u otra, el funcionario descubridor, aún en ejercicio de sus funciones, descubre y adquiere el tesoro para sí. En este sentido, es significativo que el Código Civil mencione al Estado –alusión que debe hacerse extensiva al resto de las administraciones-

---

[498] V. A. F. PANTALEÓN PRIETO, cit., págs. 416-421.

[499] V. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., pág. 666.

precisamente en el párrafo segundo del artículo 351, al ocuparse del descubrimiento casual *in alieno*. Este dato, unido principalmente a la "inidoneidad" del Estado para ser el sujeto agente de un descubrimiento, abocaría a una limitación de sus posibilidades de adquisición en los supuestos de descubrimiento *in suo.* De acuerdo con esto, la adquisición por el Estado de la totalidad del tesoro descubierto en un suelo de su titularidad se produciría en el supuesto de que los trabajos fueran el resultado de una búsqueda deliberada, bien cuando éste fuera el objeto de los trabajos encomendados al descubridor (descubrimiento *in suo*) o cuando éste actuara autónomamente sin estar autorizado (descubrimiento *in alieno data ad hoc opera*).

Puede considerarse como indicativa de la problemática singular que plantea el tesoro a las administraciones públicas, en especial en el supuesto de descubrimiento *in suo,* la aparición del Real Decreto de 13 de marzo de 1903 (Gaceta de 18 de marzo), por el que se aprobaba el pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas. El artículo 30 disponía:

> "*El Estado se reserva la propiedad de las antigüedades, objetos de arte y substancias minerales utilizables para la enseñanza pública que se encuentren en las excavaciones y demoliciones practicadas en terrenos del Estado o expropiados por éste para las obras. El contratista tendrá obligación de emplear, para extraerlas, todas las precauciones que se le indiquen por el Ingeniero, salvo el derecho a la indemnización por el exceso de gasto que este trabajo le ocasione.*
>
> *Serán también de propiedad del Estado los manantiales o corrientes de agua que, por consecuencia de*

la ejecución de las obras, aparezcan en los terrenos antes mencionados..."

Los empleados y contratistas en las obras públicas se convierten, por efecto de esta disposición, en "representantes" del Estado, adquiriendo para él[500].

Junto a la aplicación de las reglas de los dos primeros párrafos del artículo 351, el párrafo tercero contempla un tercer cauce al margen del régimen común para allegar tesoros al Estado. Este precepto, que tiene su antecedente en el artículo 395 del Proyecto de 1851, establece que "[s]i los efectos fueran interesantes para las ciencias o las artes podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado". La referencia al "justo precio" como contraprestación ha permitido entender que se consagraba una potestad expropiatoria del Estado sobre los tesoros[501], lo que confirma la desaparición de cualquier tipo de privilegio fiscal sobre los tesoros descubiertos en propiedades

---

[500] Sólo cabe dudar de la suficiencia de rango de un Real Decreto para modalizar el régimen general previsto en el Código Civil en su aplicación a las administraciones públicas. El párrafo que atribuye al Estado la titularidad de manantiales que afloraran en sus terrenos por la ejecución de obras sí contaba con respaldo normativo en el propio Código Civil en el artículo 407.7. Según este precepto, derogado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, eran de dominio público las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario. MOREU cita el artículo 407.7 del Código Civil junto a una orden del Ministerio de la Gobernación de 15 de junio de 1965, sobre vehículos abandonados. En su virtud, eran adjudicados al Estado o al Ayuntamiento respectivo según que el hallazgo lo hubieran realizado miembros de la Guardia Civil o de la Policía Urbana de Circulación, salvo que actuaran en virtud de denuncia, en cuyo caso la adjudicación se hacía a favor del denunciante. Cita MOREU estas disposiciones como ejemplos en que el ordenamiento convierte al hallador en representante del Estado; en *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., pág. 656

[501] V. J. GASCÓN Y MARÍN, *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público,* Madrid, 1906, pág. 53. J. L MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., pág. 655.

privadas. En este sentido, el párrafo tercero del artículo 351 del Código Civil constituye la primera norma que habilitó la expropiación de bienes muebles, ya que la regulación vigente a la fecha de adopción del Código Civil –la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 (Gaceta de 12 de enero) y el Reglamento de 13 de junio del mismo año (Gaceta de 24 de junio)- sólo contemplaba los inmuebles. Esta circunstancia propiciaría ciertas dificultades para la determinación del procedimiento aplicable en el ejercicio de la potestad reconocida en el párrafo tercero del artículo 351 del Código[502].

De otra parte, esta disposición nos sitúa ante la cuestión de la idoneidad o aptitud de los restos arqueológicos -o, más ampliamente, culturales- para integrar el concepto de tesoro, que se abordará en el siguiente epígrafe y anuncia los problemas de articulación del régimen común y el régimen administrativo de los hallazgos arqueológicos, regímenes que implican dispares criterios de atribución.

2.1.1.2.5. Tesoro y hallazgos arqueológicos

El origen del tesoro como institución jurídica obedece a circunstancias socio-económicas muy alejadas de las actuales.

---

[502] J. GASCÓN Y MARÍN, *ibidem.* La cuestión se planteó en la sentencia del TS de 25 de octubre de 1925, a raíz de la adquisición por el Estado de unos candelabros ibéricos hallados en Lebrija en virtud del art. 351.3 CC. La sentencia rechazó la aplicación de las reglas para la determinación del justiprecio establecidas en la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 y, a falta de una específica regulación administrativa, declaró incompetente a la Administración para fijar unilateralmente el justiprecio, remitiendo su determinación a los tribunales ordinarios. V. *Jurisprudencia Administrativa,* tomo 154, núm. 352, págs. 154-162.

Respondía a la necesidad de otorgar una nueva titularidad a un tipo de hallazgos relativamente comunes en la época. Las frecuentes epidemias e invasiones de tiempos remotos, que obligaban a grandes masas de población al desplazamiento, convertían en práctica común acudir al expediente del ocultamiento de las riquezas como única vía para preservarlas de la rapiña. La muerte del propietario antes de que pudiera revelar su secreto determinaba la pérdida de noticias del depósito, que permanecía ignorado hasta que, quizás mucho tiempo después, un hallazgo fortuito lo sacara a la luz. La relativa estabilidad de las civilizaciones modernas y el desarrollo de los depósitos bancarios convirtieron en extrañas las circunstancias que justificaban el ocultamiento de tesoros. Todo apuntaba a la extinción práctica de la figura de no ser por la concurrencia de un nuevo fenómeno que habría de suponer su "resurrección": el florecimiento de la Arqueología determinó la proyección de un nuevo interés revalorizador sobre los vestigios de civilizaciones y épocas pasadas. Los hallazgos de bienes muebles arqueológicos pasaron a constituir el ámbito más importante, cuantitativa y cualitativamente, de operatividad del tesoro[503].

La aplicación del tesoro a los hallazgos arqueológicos viene posibilitada por la propia evolución que experimenta el concepto en las mismas fuentes romanas: desde el depósito de dinero original se amplía progresivamente para incluir cualquier mueble de valor. El hecho de que la enumeración del artículo 352 del Código Civil se inicie con referencias a dinero y alhajas no permite concluir que el único valor o *pregio* tomado en consideración sea el meramente

---

V. G. ROTONDI, "*I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro*", cit., págs. 312-314, 324.

intrínseco. Doctrina y jurisprudencia, por el contrario, manejan un concepto amplio de valor que incluye los valores culturales[504]. Así, recientemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de septiembre de 1997 (AC 1997\1830) da testimonio de la calificación como tesoro del hallazgo de un conjunto de libros y un manuscrito del siglo XVI con ocasión del derribo de un tabique[505].

Favorece igualmente la aplicación del tesoro a los hallazgos arqueológicos la consideración de que el depósito a que se refiere el artículo 352 no ha de ser necesariamente fruto de una acción humana dirigida al ocultamiento de los bienes. En conexión con esta cuestión se encuentra la extensión del tesoro al hallazgo de los inmuebles por destino. De acuerdo con el artículo 334.4º del Código Civil, son tales "las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo". La condición inmobiliaria de estos bienes deriva del dato subjetivo de la voluntad del titular, que decide vincularlos al servicio de un inmueble. En los inmuebles por destino no se da la conexión orgánica que caracteriza a los inmuebles por incorporación, los cuales no pueden ser separados del inmueble principal "sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto"

---

[504] Según G. ROTONDI "*...una distinzione tra il pregio intrinseco della materia e quello derivante dall'interesse storico, archeologico od artístico ripugna ai più elementari criterii economici e giuridici*", " *I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro*", *ob. cit.*, pág. 324. En el mismo sentido, V. L. MONTÉS PENADÉS, "Artículos 351 y 352", cit., pág. 267.

[505] La naturaleza de tesoro del hallazgo no es objeto de la sentencia, sino la condición de descubridor.

(art. 334.3 CC)[506]. En este sentido, ROTONDI afirmaba que la originaria destinación prevista por el propietario remoto desaparece al producirse el descubrimiento en un momento muy posterior y, en consecuencia, los bienes citados pierden el carácter inmueble. Para ilustrar su postura el autor señalaba el ejemplo de los ajuares funerarios característicos de las tumbas de la antigüedad, supuesto en el que la voluntad de destinar "perpetuamente" los bienes a un inmueble se revela evidente[507]. De la aplicación del tesoro a inmuebles por destino da cuenta el caso italiano de la *Fanciulla d'Anzio*, estatua romana sacada a la luz por un temporal en 1887 que decoraba la villa de Nerón en Anzio, parte de cuyos restos fueron posteriormente recuperados por unos pescadores. En el curso de la batalla judicial que enfrentaría a la propietaria de las ruinas y a los descubridores-pescadores se rechazaría por el tribunal de instancia la alegación de la primera de que la estatua constituyera un inmueble

---

[506] V. L. DÍEZ-PICAZO, en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. III "Las relaciones jurídico – reales. El Registro de la Propiedad. La posesión", cit., págs. 185-194, señala los requisitos y diferencias de los conceptos de incorporación y de destinación, como modos diversos de inmovilización de los bienes muebles. Transcribo por su claridad las siguientes palabras "...En la inmovilización por incorporación el criterio obedece a la existencia de unidad real, a la material inalterabilidad y a la idea económica de que la separación comporta <<quebrantamiento de la materia>> o <<deterioro del objeto>>. En cambio, las cosas ocurren de una manera muy distinta en la inmovilización por destino. CASTÁN recuerda la afirmación de PLANIOL de que en la inmovilización por destino hay una ficción de inmovilización", págs. 192-193.

[507] G. ROTONDI, "*I ritrovamenti archelogici e il regime dell'acquisto del tesoro*", *ob. cit.*, págs. 325-326. Modernamente se pronuncia en el mismo sentido V. L. MONTÉS PENADÉS, para quien "la relación de accesoriedad no puede ser referida a relaciones creadas en tiempos antiguos o muy distantes del momento en que se produce el descubrimiento: la destinación que une a dos cosas debe responder a actuales exigencias económicas que la justifiquen", "Artículos 351 y 352", cit., pág. 267.

por destino, que de ser atendida hubiera determinado la atribución en su totalidad a la propietaria del terreno[508].

En cualquier caso, las eventuales dudas que pueda plantear la aptitud de los hallazgos arqueológicos para integrar el concepto de tesoro quedaron despejadas por el propio Código cuando el párrafo tercero del artículo 351 dispuso que el Estado pudiera adquirir mediante "justo precio" los efectos que fueran interesantes para las artes o las ciencias.

El arraigo de la institución del tesoro en este campo ha sido tal que ha llegado a afectar la aplicación de la legislación administrativa especial que, desde principios del siglo XIX, se ha ido dictando para someter los hallazgos arqueológicos a un régimen informado por principios completamente ajenos a los que inspiran el tesoro. Sin perjuicio del análisis más extenso que se efectuará al tratar la regulación efectuada por la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 y la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933, pueden apuntarse ahora algunos ejemplos que dan cuenta de los esfuerzos jurisprudenciales por forzar una interpretación del régimen administrativo que casara con las soluciones que se derivan del artículo 351 del Código Civil. Así, en un caso de descubrimiento casual de unos candelabros de época ibera que se encontraron semienterrados en el suelo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1925 aplicó el régimen civil y rechazó la adquisición automática a favor del Estado, solución que se derivaba del entonces

[508] El caso ha sido ampliamente comentado por la doctrina en el debate sobre el concepto de descubrimiento y, vinculado a este, en la discusión acerca de si el ocultamiento constituye un elemento sustancial al tesoro. V. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., págs. 333-336.

vigente artículo 5 de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911. La sentencia argumentaba que la atribución al Estado de los hallazgos casuales en el subsuelo requería que se tratara de hallazgos acaecidos en el subsuelo, de dominio público, tal como era definido en la Ley de Minas de 1868[509].

Más recientemente, el hallazgo de la Dama de Baza en 1971 propició una disputa judicial que se saldó con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 (RJ 1976\1425)[510], por la que se condenó al Estado a indemnizar al propietario del terreno con la mitad del valor de la misma. Se trata de un supuesto en que la aplicación de la legislación administrativa hubiera debido conducir, o bien a mantener la propiedad en manos del descubridor –sin perjuicio de que el *dominus loci* pudiera ser indemnizado por los perjuicios sufridos durante las excavaciones- o, en su caso, al decomiso de la estatua por las autoridades, ya que se trataba de un hallazgo efectuado por un descubridor autorizado que tuvo lugar fuera del perímetro contemplado en la autorización administrativa[511]. Por el contrario, el Tribunal Supremo afirmó el

---

[509] El artículo 5 de la Ley de Excavaciones disponía "Serán propiedad del Estado, a partir de la promulgación de esta Ley, las antigüedades descubiertas casualmente en el subsuelo o encontradas al demoler antiguos edificios". La sentencia defiende la aplicación al supuesto del artículo 351.3 del Código Civil, en lugar del precepto transcrito, para que el Estado pudiera adquirir la propiedad de los efectos; v. *Jurisprudencia Administrativa,* tomo 154, núm. 352, págs. 154-162.

[510] V. los comentarios de J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La Dama de Baza", cit., págs. 569-597;; B. MENCHÉN BENÍTEZ "Sentencia de la Dama de Baza", cit., págs. 1187-1198; J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., pág. 660, y más recientemente J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* ob. cit., tomo II, págs. 390-394

[511] El área donde se produjo el hallazgo de la Dama de Baza había sido objeto de diversos negocios jurídicos entre quien a la postre sería su descubridor y el demandante, propietario de los terrenos. En primer término, se instrumentó un

derecho del *dominus loci* sobre la estatua con base en los artículos 350 y, especialmente, 351 del Código Civil, considerando implícitamente el caso un supuesto de descubrimiento *in alieno data ad hoc opera*. En un confuso razonamiento, la sentencia afirmó la plena vigencia del régimen civil, favorable al dueño de la finca, como una suerte de efecto derivado de la pérdida de derechos sobre el hallazgo del descubridor autorizado, a raíz del incumplimiento de los términos de la autorización administrativa. Para reforzar la atribución al *dominus loci* con base en el artículo 351 del Código Civil, el Tribunal Supremo recurre al artículo 4 de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, que determina el régimen de atribución de las "ruinas" y que, igualmente, favorece al propietario del lugar en que se verifica el descubrimiento[512]. Llevado de su afán por reconocer las pretensiones

---

contrato de arrendamiento para la realización de prospecciones arqueológicas y mineras, una de cuyas cláusulas contenía un acuerdo para la distribución entre las partes de los hallazgos "casuales" de objetos artísticos. Posteriormente, el explorador compró al propietario parte de los terrenos y obtuvo autorización administrativa para realizar excavaciones en el espacio que pasaba a ser de su propiedad. En el curso de esas excavaciones, sin embargo, no se ciñó al ámbito espacial definido en la autorización y se extendió parcialmente a la finca vecina, perteneciente al propietario con quien suscribió el contrato de arrendamiento y, posteriormente, la compraventa. El Tribunal Supremo revocó la donación de la estatua efectuada por el descubridor a favor del Estado, al entender que la contravención de los términos de la autorización privaba al descubridor de los derechos sobre el hallazgo concedidos por la legislación administrativa.

[512] El artículo 4, párrafo segundo, de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 disponía que "[l]as ruinas, ya se encuentren bajo tierra o sobre el suelo, así como las antigüedades utilizadas como material de construcción en cualquier clase de obras, *podrán pasar a propiedad del Estado mediante expediente de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización al dueño del terreno y al explorador, si existiere*". Sin perjuicio del análisis más extenso que se efectuará en el Capítulo III, epígrafe 2.2.2, del artículo 4 de la Ley se deduce la atribución de las ruinas al propietario del terreno, por contraposición al régimen de las antigüedades (restos mobiliarios), atribuidas al descubridor, en las búsquedas autorizadas, o al Estado, en los hallazgos casuales. El artículo 4 de la Ley de Excavaciones explicaría también la llamativa decisión de condenar al Estado a abonar una indemnización por sólo la mitad del valor de la estatua. Esta parte del fallo no resulta coherente con el recurso al artículo 351 del Código Civil como

del dueño del terreno, el Tribunal Supremo concede a la Dama de Baza simultáneamente consideración mobiliaria -a efectos de la aplicación del régimen del 351 del Código Civil- e inmobiliaria -a efectos de su calificación como "ruina", según el artículo 4 de la Ley de Excavaciones[513]-.

El enraizamiento de la disciplina del tesoro en nuestra cultura jurídica, acreditado por las sentencias comentadas, habría de exigir en el futuro que el legislador administrativo realizara un pronunciamiento explícito para deslindar claramente las esferas de aplicación del tesoro y del régimen jurídico administrativo de los hallazgos arqueológicos.

2.1.2. El hallazgo de bienes inmuebles

La asignación de titularidad a las construcciones, edificaciones o estructuras que se adhieren a un fundo –inmuebles por

---

argumento principal, ya que del mismo se derivaría la obligación del Estado de indemnizar al propietario por todo el valor de la estatua en caso de expropiación, ya que corresponde al *dominus loci* la totalidad del tesoro en los casos de descubrimiento *in alieno data ad hoc opera*. El artículo 4, sin embargo, señalaba que el Estado habría de indemnizar también, en su caso, al explorador. Esta confusa determinación se ha interpretado mayoritariamente como un deber de indemnización por los gastos asumidos por el explorador en el curso de las excavaciones, pero no propiamente por la expropiación de algún derecho sobre las ruinas descubiertas. Del razonamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de la Dama de Baza se deduce, por el contrario, que interpretó que la indemnización por las ruinas se repartía por mitades entre hallador y *dominus loci* –seguramente por influencia de la redacción del artículo 351.3 del Código Civil y el régimen de la partición en los casos de hallazgos casuales-. En este sentido, privado de sus derechos el explorador al haberse extralimitado respecto a los términos de la autorización administrativa que lo amparaba, el Tribunal Supremo entiende que sólo procede indemnizar al dueño del terreno por la mitad del valor de la estatua.

[513] V. Capítulo III, epígrafe 2.2.2.

incorporación[514]- se resuelve ordinariamente a través del mecanismo de la accesión. De acuerdo con el artículo 353 del Código Civil, la propiedad de los bienes da derecho a todo lo que se les une o incorpora, natural o artificialmente. Se privilegia la propiedad del bien que constituye la base o anclaje de los bienes incorporados como referente que va a orientar el proceso de asignación de titularidades. Este principio se mantiene incluso cuando se edifica o construye en predios ajenos, supuesto para el que los artículos 358 y siguientes del Código formulan una serie de reglas por las que se propicia la reconducción a una única titularidad –la del dueño del terreno- de bienes inmuebles base y bienes inmuebles incorporados y adheridos. La solución civil viene impuesta por un principio de racionalidad económica: la viabilidad o rentabilidad de la propiedad fundiaria podría quedar comprometida si se permitiera la consolidación de titularidades menores de terceros contra la voluntad del dueño del terreno[515]. En este sentido, la doctrina civilística y la jurisprudencia han señalado como las edificaciones y construcciones unidas al suelo, más que inmuebles, son partes integrantes del inmueble concebido en tres dimensiones que, desde la incorporación, formarían un todo con un mismo destino jurídico[516]. La reconducción del suelo y de las

---

[514] Se aplica esta calificación tanto a edificios o construcciones, contemplados en el apartado 1.º del artículo 334 del Código, como más ampliamente a "*todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto*", según el apartado 3.º del mismo artículo.

[515] Incluso actuando de mala fe el propietario del suelo cuando se emplean materiales ajenos, el dueño de los mismos sólo queda autorizado a retirarlos cuando pueda hacerlo "sin menoscabo de la obra construida" (art. 360 *in fine* Cc).

[516] V. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: "Artículo 334", en VVAA., *Comentario del Código Civil,* Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 928-929; y SANTOS BRIZ, J.: "Artículo 334", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,*

construcciones a una única titularidad constituye, sin embargo, una directriz que ofrece el ordenamiento, disponible por acuerdo de voluntades en otro sentido. La eventual consideración de cada parte como un objeto autónomo de derecho, la individualización de elementos del conjunto, es una cuestión relativa que depende en última instancia del destino económico asignado y de las concepciones del tráfico jurídico[517].

Las notas precedentes dan cuenta del tratamiento dispensado por el ordenamiento jurídico en el momento originario: aquel en que se produce la incorporación. El transcurso del tiempo, sin embargo, plantea un diverso escenario. La pérdida de memoria de las construcciones, confundidas con el suelo o sepultadas por nuevas edificaciones, cuestiona que la atribución originaria de titularidad con base en la accesión perdure en el tiempo. El descubrimiento de estructuras inmobiliarias arroja nueva luz sobre unos bienes que, al haberse perdido su recuerdo, no han sido tenidos en cuenta en el tráfico jurídico. Sin embargo, la eventualidad del hallazgo de bienes inmuebles, a diferencia del hallazgo mobiliario (tesoro, hallazgos recientes) no ha sido objeto de una regulación de alcance general por el Derecho privado. Ha podido influir la consideración general de que los inmuebles, por su "ostensibilidad" –superada la época en que aún existían tierras ignotas-, no pueden constituir propiamente objeto de un descubrimiento. Este planteamiento responde, sin embargo, a una visión horizontal y, literalmente, superficial de los

---

dirigidos por M. ALBADALEJO GARCÍA, Tomo V, Vol. 1 "Artículos 333 a 391 del Código Civil", Ed. EDERSA, Madrid, 1990, págs. 17 y 18.

[517] V. SANTOS BRIZ, J.: "Artículo 334", cit., pág. 25.

inmuebles. Verticalmente la propiedad de un bien inmueble aglutina bajo una única titularidad una serie de elementos que, aunque puedan estar conectados física u orgánicamente, pueden tener muy diversa naturaleza y, como tales, eventualmente ser objeto de una consideración autónoma por el Derecho. Es en esos supuestos cuando adquiere sentido la regulación por el ordenamiento jurídico del hallazgo de cierto tipo de inmuebles.

Centrados ya en el descubrimiento de bienes inmuebles valiosos y, particularmente, de restos culturales de naturaleza inmueble, al respecto se han aventurado diversas soluciones, en ausencia de previsiones específicas por parte de la legislación administrativa especial en el campo histórico-artístico o cultural. De una parte, se ha podido plantear equiparar tales restos al tesoro oculto para hacer extensivo su régimen a los hallazgos de inmuebles, o bien, concederles la consideración de bienes vacantes y permitir su apropiación por el Estado[518]. De otra, entenderlos parte del fundo en que se descubran y, al amparo del artículo 350 del Código Civil, pertenecientes al titular del inmueble que contiene los restos[519].

La primera de las soluciones sugeridas, la aplicación extensiva del régimen del tesoro, se enfrenta al hecho de que se trata de una regulación diseñada específicamente para bienes muebles y que sólo cabe extender, en su caso, a los inmuebles por destino, precisamente

---

[518] Hipótesis sugeridas por R. MARTÍN MATEO previas a la vigencia de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, que sí contuvo previsiones específicas respecto al hallazgo de inmuebles de valor histórico o artístico; v. "La propiedad monumental", *RAP,* núm. 49, 1966, págs. 79-80.

[519] V. J. L. MOREU BALLONGA, "Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico-artístico", *REDA*, núm. 37, 1983, pág. 266.

por no reunir la nota física de la adhesión al inmueble principal. Además, el régimen del tesoro implica en los supuestos de descubrimiento casual *in alieno* el nacimiento de una comunidad entre *dominus loci* y descubridor, una solución que, si ya puede considerarse problemática sobre un bien mueble[520], resulta escasamente realista respecto a un inmueble descubierto. Por añadidura, sería una solución contradictoria con la regulación de la copropiedad en nuestro Código, de inspiración romana, que tiende más a favorecer su extinción que a propiciar su nacimiento y continuidad[521]. En última instancia, la consideración jurídica autónoma de los restos inmobiliarios ocultos respecto al inmueble que los contiene habría de conducir, como bienes carentes de dueño, a la aplicación del régimen administrativo de los inmuebles vacantes. De ahí que, sólo sean dos las opciones que razonablemente pueden plantearse desde el régimen común en relación al hallazgo de inmuebles ocultos, de las que nos ocuparemos a continuación.

2.1.2.1. Bienes vacantes y hallazgo de inmuebles valiosos

Como ocurría con el tesoro, el régimen de los inmuebles carentes de dueño se ha debatido entre la apropiación privada y la atribución al poder público. Dejando al margen el supuesto

---

[520] Así, para evitar los problemas de esta opción, el Código Civil suizo reconoce al descubridor exclusivamente el derecho a obtener una gratificación que no excederá la mitad del valor del bien (art. 723.3 Código Civil suizo) y atribuye la propiedad del tesoro en su integridad al dueño del inmueble o de la cosa mueble que contiene el tesoro.

[521] Por todos, v. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, cit., págs. 902-903.

excepcional de los inmuebles *res nullius*, aquellos que no han sido nunca poseídos por nadie por nacer o incorporarse *ex novo* al tráfico jurídico[522], la categoría de los bienes vacantes ha estado tradicionalmente integrada por los bienes inmuebles que han sido abandonados (*res derelictae*) y por aquellos en los que se presume la carencia de dueño a partir de su situación posesoria.

Las Partidas regularon con detalle tanto el abandono de los inmuebles como la adquisición de la propiedad sobre éstos. La Ley L, Título XXVIII, Partida III dispuso como requisitos el desamparo material de los bienes y la voluntad de abandono para que éste efectivamente se produjera: a partir de este momento adquiría la propiedad del inmueble el primer ocupante. De la solución del *ius commune* se aparta la Instrucción dada por el rey Carlos III el 26 de agosto de 1786, ya mencionada al tratar el régimen jurídico del tesoro e incluida en la Novísima Recopilación como Ley VI, Título XXII, Libro X [523]. La Instrucción sometía a los bienes vacantes "*o de incierto*

---

[522] Son los casos de las *insulae in mare nata* o de las *insulae in flumine nata*. En el caso de las primeras, la tradición romana, recogida en las Partidas (Partida III, Título XXVIII, Ley XXIX) las consideró susceptibles de ocupación. La vigente Ley de Costas las atribuye al Estado como bienes de dominio público (art. 5 Ley 22/1988, de 28 de julio). En cuanto a las *insulae in flumine nata*, en Derecho romano se impuso la solución de la accesión por los dueños de ambas riberas, criterio que pasaría a las Partidas (Partida III, Título XXVIII, Ley XXVII); el Código Civil consagra la apropiación por accesión por el propietario de la ribera más cercana cuando se trate de ríos no navegables, supuesto en que la isla se integra en el dominio público (arts. 371 y 372).

[523] Las restantes leyes que acompañan a la Instrucción en el Título XXII – "De los bienes vacantes y mostrencos"- del Libro X de la Novísima Recopilación y que al tratar el tesoro se indicó que consagraban privilegios a favor de la Corona no son inequívocas en cuanto a su aplicación a los bienes inmuebles. Antes al contrario, parecen contemplar exclusivamente a bienes muebles bajo el régimen de los mostrencos. Así, la Ley II, que recoge la ley dada por D. Alonso y D. Enrique III habla de que la cosa hallada "*en qualquiera manera mostrenca desamparada, debe ser entregada á la Justicia del lugar, y debe ser guardada un año*". Por su parte, la Ley IV, que contiene la ley dada por los Reyes Católicos en Madrigal en 1476, habla de

dueño" al mismo régimen que los mostrencos, por lo que, una vez que se tenía noticia de la existencia y situación de estos bienes, se sometían a un régimen de publicidad por catorce meses transcurrido el cual se enajenaba y se aplicaba el producto a la realización de obras públicas, premiando al denunciante con un tercio de lo obtenido. Posteriormente, la Ley de Mostrencos de 9-16 de mayo de 1835 confirmaría las pretensiones del Estado sobre todos los bienes carentes de dueño, ya fueran semovientes, muebles o inmuebles. La atribución se basaba en el conocimiento cabal de la falta de dueño – bienes vacantes propiamente dichos -, o en la presunción de la falta de dueño deducida de la situación posesoria del bien – porque no fuera poseído por nadie o lo fuera por un tercero sin título legítimo - (arts.1.º Primero y 3.º). En el caso de que el bien, pese a su apariencia, tuviera realmente un dueño, la adquisición por el Estado sólo se verificaría una vez cumplido el plazo para usucapir desde que tomara posesión del bien (art. 13)[524].

La adopción posterior del Código Civil y la consagración de la ocupación entre los modos de adquisición de la propiedad abriría un amplio debate en el seno de la doctrina civilística sobre la vigencia o derogación de la Ley de Mostrencos, particularmente en su aplicación a los inmuebles. Las dudas provenían de la redacción del artículo 610 del Código que, si bien declara inicialmente que la

---

"*poner luego en mano y poder del Alcalde de la ciudad ó lugar en cuyo término fuere hallada; y el dicho Alcalde sea tenudo de lo poner en persona ó personas idóneas, que lo tengan de manifiesto por un año y dos meses*". Señalan por tanto deberes de puesta a disposición y de guarda y custodia que tengan como objeto más probable a bienes muebles que inmuebles.

[524] Seguimos a E. VALLADARES RASCÓN, en "La Ley de Patrimonio del Estado y la protección del poseedor", *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1976, págs. 365-380, en la interpretación de los artículos citados.

ocupación recae "*sobre bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño*", concluye con una relación de bienes ocupables en la que sólo se citan los animales objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas: ninguna referencia se efectúa a los inmuebles. El silencio del Código en este punto determinó un debate sobre el ámbito objetivo de la ocupación, polarizado por quienes, de una parte, entendían que la relación de bienes ocupables del artículo 610 del Código era meramente ejemplificativa, y quienes, de otra, consideraban que consagraba un *numerus clausus* y que, en consecuencia, la Ley de Mostrencos seguía vigente por lo que hacía a los inmuebles vacantes e impedía su adquisición por ocupación[525]. La mayoría de los pronunciamientos judiciales confirmaban esta segunda tesis. Las dudas serían finalmente despejadas por la Ley de Patrimonio del Estado, aprobada por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que asumió sustancialmente el régimen de la Ley de Mostrencos y la derogó expresamente, señal inequívoca de que la consideraba aún vigente. De acuerdo con la nueva ley, pertenecen al Estado los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido (art. 21, primer párrafo) y los detentados o poseídos sin título por entidades o particulares (art. 22, primer párrafo). En línea con la Ley de 1835, se ha interpretado que la Ley de 1964 contempla, de una parte, a los llamados bienes vacantes en sentido estricto (sin propietario y sin poseedor) y, de otra, bienes sin dueño conocido, porque no estén poseídos o por estar poseídos por alguien sin título. En este segundo supuesto, en caso de que realmente existiera un

[525] V. G. GARCÍA CANTERO, "La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado", *RAP,* núm. 47, 1965, págs. 13-31 y E. VALLADARES RASCÓN, "La Ley de Patrimonio del Estado y la protección del poseedor", cit., págs. 366-373.

dueño, sería necesario que el Estado prescribiera a su favor para consolidar su titularidad[526] [527].

Expuestas someramente las soluciones previstas por la legislación de vacantes hay que volver a la cuestión planteada al inicio: determinar si es posible su aplicación a los hallazgos de inmuebles ocultos en el subsuelo. No parece que este supuesto se encuentre entre los afectados por la legislación de vacantes. Más bien del texto de las sucesivas regulaciones se deduce que la ignorancia o desconocimiento que toma en cuenta es el referido a la situación posesoria o de titularidad de los inmuebles, no a la propia existencia de éstos.

Esta conclusión se refuerza si se tiene presente que la Ley de Mostrencos contiene referencias explícitas a dos concretos supuestos de hallazgo de bienes contenidos o enclavados en inmuebles con titularidad y posesión conocidas. La expresa consideración de los tesoros y de las minas que realiza la Ley de Mostrencos (art. 1º. Tercero) puede interpretarse como una suerte de excepción que confirma la regla, excepción avalada por una larga tradición. No es

---

[526] V. E. VALLADARES RASCÓN, "La Ley de Patrimonio del Estado y la protección del poseedor", cit., págs. 380-385.

[527] La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de las Administraciones Públicas, ha simplificado la redacción respecto a la Ley de Patrimonio del Estado y se limita a declarar que pertenecen a la Administración General del Estado por ministerio de la Ley los inmuebles que carecen de dueño (art. 17.1 y 2). En el caso de que tales bienes no estuvieren poseídos por nadie a título de dueño puede tomar posesión en vía administrativa (art. 17.3), de lo contrario ha de plantear una acción ante la jurisdicción civil (art. 17.4). La eventualidad de que los bienes que el Estado considera propios tuviera efectivamente dueño se salva con la cláusula "sin perjuicio de terceros". Con carácter general, como ocurría bajo la vigencia de la ley anterior, el Estado puede de hecho tomar posesión de cualquier bien aparentemente carente de dueño y ganar la prescripción que consolide su adquisición.

irrelevante que en el contexto de la regulación de los vacantes se haga alusión a estos hallazgos. En ambos casos se trata de bienes que se hallan ocultos o albergados en otro y que se individualizan jurídicamente respecto al bien que los contiene: el tesoro queda sustraído del régimen de los vacantes a pesar de cumplir los requisitos que permitirían *a priori* la atribución al Estado y se consagra su apropiación privada; en cuanto a las minas, se afirma que siguen quedando sometidas a su legislación específica. Por tanto, al margen de estos supuestos, debe entenderse que el descubrimiento de inmuebles o estructuras inmobiliarias enclavados en un predio cuya titularidad y situación posesoria son perfectamente conocidas no son contemplados como bienes jurídicamente independientes de la finca que los contiene de manera que pudieran atribuirse al Estado como vacantes[528].

2.1.2.2. El artículo 350 del Código Civil como criterio rector de los hallazgos de inmuebles ocultos en ausencia de legislación especial

La falta de consideración jurídica autónoma de restos o estructuras inmobiliarias respecto al inmueble que los contiene remite al artículo 350 del Código Civil como norma que regula la atribución. En este punto, es preciso realizar dos tipos de

[528] En este mismo sentido, v. J. L. MOREU BALLONGA, "Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico – artístico", cit., pág. 266. Contra J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, pág. 401 y F. SÁINZ MORENO, "El régimen jurídico del Patrimonio Arqueológico", en VV. AA. *Jornadas Internacionales de Arqueología de Intervención*, Ed. Centro de Patrimonio Cultural Vasco, Bergara Gipuzkoa, 1992, pág. 48.

consideraciones. En primer término, relativas al verdadero alcance de la declaración contenida en el artículo 350; en segundo lugar, a cómo operan las leyes administrativas sobre el ámbito de eficacia del citado precepto.

2.1.2.2.1. La extensión vertical del dominio

El artículo 350 del Código Civil ha constituido el eje regulador de la propiedad fundiaria antes del advenimiento y desarrollo del Derecho urbanístico. No está de más recordar lo que literalmente dispone:

> "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía"

Es habitual en este punto la cita del conocido aforismo medieval que proclamaba que la propiedad se extendía verticalmente "*usque ad sideras, usque ad inferos*" como presunto antecedente del artículo 350 del Código Civil. Sin antecedentes en el Derecho Romano y en el Derecho Germánico[529], su origen se sitúa en

---

[529] En Roma la extensión vertical del derecho de propiedad aparecía siempre ligada a los usos del suelo y en el caso del subsuelo vinculada esencialmente a la actividad agraria. De manera coincidente en el Derecho Germánico el *Sachsenspiegel* reconocía el derecho de propiedad privada hasta la profundidad alcanzada con el arado, estimando el resto materia de regalía. V. P. VILLACAÑAS GONZÁLEZ, "La propiedad en sentido vertical", *RCDI*, núms. 302-303, 1953, pág. 484 y. A. NIETO GARCÍA, "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", *RAP*, núm. 56, 1968, págs. 34-35.

el siglo XVI en el entorno de los postglosadores, atribuyéndose a Cino de Pistoia su formulación más extendida. La fórmula no parece que alcanzara rango de norma jurídica, sino que se limitaba a traducir las aspiraciones de los terratenientes en su lucha contra los señores feudales por el control de las riquezas mineras[530].

El antecedente directo de nuestro artículo se encuentra más bien en el artículo 552 del *Code Napoleon*, que afirma que la propiedad del suelo comporta "*la propriété du dessus et du dessous*" y reconoce la potestad del propietario para efectuar bajo el suelo todas las construcciones y excavaciones que considere oportunas y obtener de esas excavaciones todos los productos que puedan proporcionar, salvo las modificaciones resultantes de las leyes y reglamentos relativos a las minas y de las leyes y reglamentos de policía.

La expresa previsión de límites legales que acotan la extensión del derecho de propiedad tanto en el artículo 350 español como en el 552 francés no impidió que arraigara en la conciencia jurídica colectiva la idea, alentada por la popularidad de la fórmula medieval, de que en tales preceptos se consagraba una suerte de propiedad tendencialmente ilimitada en el plano vertical. Contra esta concepción la doctrina fue formulando diversos criterios restrictivos[531], que progresivamente se acogieron en la jurisprudencia. De entre ellos, será la teoría de IHERING, que sitúa en el interés del propietario la medida del derecho de propiedad inmobiliaria, la que goce de mayor influencia.

---

[530] V. A. NIETO GARCÍA, ob.cit., pág. 34.

[531] Una síntesis de ellos en J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical", *RCDI,* núm. 1, 1925, págs. 16-22.

A diferencia de otros códigos europeos[532], el límite del interés carece de reflejo explícito en la redacción del artículo 350 del Código Civil. No por ello puede descartarse que estuviera en la mente del legislador ya que a la fecha de adopción del Código, la legislación de minas a la que remite el propio artículo 350 contenía un principio análogo que acotaba la profundidad que alcanzaba la titularidad del propietario de la superficie. Así, el Decreto-Ley de Bases de la Minería, de 29 de diciembre de 1868 (Gaceta de 1 de enero de 1869), distinguía los conceptos de suelo y subsuelo, definiendo el primero como la superficie más el espesor a que hubiera llegado el trabajo del propietario con cualquier objeto distinto a la minería y situando el segundo bajo el dominio del Estado (arts. 5 y 6). La publificación, por tanto, no se limitaba a "enclaves" sino que alcanzaba al subsuelo como volumen globalmente considerado[533] [534]. Debe además subrayarse que la distinción suelo - subsuelo no limitaba sus efectos

---

[532] Así en el parágrafo 905 del *BGB* alemán, el artículo 667 del Código suizo, el artículo 840 del Código civil italiano de 1942 y el artículo 1344 del Código portugués de 1966.

[533] Resulta curioso comprobar la audacia de la Ley de Minas de 1868 a la hora de declarar público el subsuelo, lo que no impidió que fuera criticada por escasamente intervencionista en la Exposición de Motivos de la Ley de 19 de julio de 1944, que la sustituiría. Desmienten el presunto carácter ultraliberal de la ley A. GUAITA MARTORELL, en *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas,* 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 323-324, nota 8;y A.NIETO GARCÍA, en "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", cit., pág. 18.

[534] La rotundidad de la declaración de dominio público del subsuelo sería solo recortada por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (Gaceta de 19 de junio), que confirió al propietario el derecho exclusivo a las aguas que se encontraran bajo la superficie del fundo; v. A. NIETO GARCÍA, "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", cit., pág. 26.

al sector minero, sino que poseía un valor general, como acreditaron la práctica administrativa subsiguiente y alguna jurisprudencia[535].

Al margen del apoyo que suministrara la Ley de Minas de 1868, la teoría del interés ha gozado de gran predicamento entre la doctrina civilista, aunque con matices en sus diversas formulaciones. Así, algunos autores han defendido que el derecho de propiedad llega hasta donde alcance el interés del propietario, mientras que otros, en la línea del Código alemán, sostienen la extensión ilimitada del dominio aunque condicionado el ejercicio de la potestad de exclusión de terceros a la existencia de un interés del titular. En cualquier caso, los efectos prácticos a que conducen una y otra interpretación son idénticos[536]. Una consecuencia que se deriva de la asunción de la teoría del interés es la imposibilidad de determinar apriorísticamente la extensión del derecho de propiedad, la frontera es necesariamente móvil en función de la evolución de los trabajos o

---

[535] Cita NIETO una sentencia del Supremo de 4 de diciembre de 1906, por la que se resolvía la controversia entre una empresa concesionaria de ferrocarriles que estaba perforando un túnel y el dueño de la superficie, que pretendió obstaculizar las obras cavando una zanja a gran profundidad, con el objeto de ser considerado propietario del lugar donde se realizaban las perforaciones y así obtener una indemnización. El TS rechazó su pretensión aplicando la distinción entre suelo y subsuelo del Decreto-Ley de 1868. V. "Aguas subterráneas: subsuelo hídrico y subsuelo árido", cit., pág. 25. También se cita como vigente la Ley de Minas de 1868 en una sentencia de 11 de mayo de 1920, comentada en J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical", cit., pág. 35. Contra, F. SÁINZ MORENO, quien considera que el Código Civil derogó tácitamente el Decreto–Ley de 29 de diciembre de 1868, en "El subsuelo urbano", *RAP*, núm.122, 1990, págs. 166 y 167, 186.

[536] *V*. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil,* Parte III "Derecho de bienes", Volumen I "Parte general y derecho de propiedad", 8ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 259; V. L. MONTÉS PENADÉS, "Artículos 351 y 352", cit., págs. 258, 263.

del interés del propietario[537]. En este sentido, se ha hablado de una decreciente densidad de las facultades del propietario a medida que nos alejamos de la superficie, difícil de precisar matemáticamente[538], o de un derecho de avance de la propiedad en sentido vertical o propiedad potencial[539]. De este modo, aunque el precepto español no se ubique en sede de accesión, como lo hace el artículo 552 del *Code*, por vía interpretativa ha ido adquiriendo un sentido análogo.

En el debe de la teoría del interés se encuentra la considerable inseguridad jurídica que comporta tomar como referencia un criterio de naturaleza variable. A ello se añade el debate ulterior sobre cuál ha de ser el carácter del interés que el Derecho toma en cuenta: si ha de tratarse de un interés actual o se extiende al interés potencial. Aunque por regla general se afirma que el interés ha de ser actual, ello no ha impedido considerar que comprendería cualquier utilidad económica que permita el desarrollo actual de la tecnología atendida la naturaleza del terreno, aun cuando no se hubiera materializado por el propietario con el avance de sus trabajos[540].

---

[537] *V.* A. NIETO GARCÍA, "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", *ob. cit.,* pág. 41; V. L. MONTÉS PENADÉS, "Artículos 351 y 352", cit., pág. 263.

[538] V. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical", cit., pags. 32-33.

[539] V. A. IZQUIERDO LAGUNA: "La teoría de la propiedad potencial", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* Tomo 167, 1935, págs. 194-205.

[540] V. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical", cit., págs. 32-33, o PAMPALONI, citado por N. PÉREZ CÁNOVAS, "Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza", *RCDI*, núm. 586, 1988, pág. 741.

En última instancia, la teoría del interés anudada al avance tecnológico nos situaría de nuevo en un escenario de práctica extensión ilimitada del dominio en sentido vertical, el desarrollo técnico permitiría hoy hacer realidad lo que era mera aspiración en tiempos de los postglosadores. La necesidad de formular nuevos criterios, que acoten la extensión del dominio sobre bases más seguras y con efectos moderadores de su alcance, se ha planteado modernamente en otro plano al afirmar la centralidad de la función social del derecho de propiedad, ahora constitucionalizada, en la delimitación del interés del propietario y del espacio al que se extienden sus facultades, así como a subrayar el papel del Derecho urbanístico y el planeamiento en este punto[541]. No existirían otros aprovechamientos privados del subsuelo que los que reconozca el plan[542], tesis que ha encontrado finalmente acogida en la Ley del Suelo del 2007[543].

---

[541] Sin ánimo exhaustivo y, dejando aparcados los matices entre los diversos planteamientos, pueden citarse del lado civilista a L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil", *ADC,* vol. 44, nº 4, 1991, págs. 1649-1654. Entre los administrativistas, T. R.FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo", *RVAP,* núm. 41, 1995, págs.603-605; L. PAREJO ALFONSO, "Algunas reflexiones sobre cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo", *Ciudad y territorio,* núm. 109, 1996, pág. 391; J. P. LÓPEZ PULIDO, "La ordenación del subsuelo urbano", *REALA,* núm. 278, 1998, pág. 68; B. NOGUERA DE LA MUELA, "El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones", en VV.AA. (coord.. M. J. MONTORO CHINER), *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio,* Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 218-220; C. AGOUÉS MENDIZÁBAL, "La función social de la propiedad del subsuelo urbano", *RVAP,* núm. 73 (I), 2005, págs. 11-51, en especial págs.. 14-15, J. M. ALEGRE ÁVILA, "El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico", *Justicia Administrativa,* núm. extraordinario 2006, págs. 329-330.

[542] Contra NIETO, quien considera que el plan urbanístico sólo puede definir los usos del subsuelo vinculados al suelo y que, en ausencia de determinaciones al respecto, no puede negarse al propietario autorización para realizar en el subsuelo de su finca las intervenciones que desee al amparo de los

Respecto a la naturaleza jurídica del espacio situado más allá del ámbito reconocido al propietario, ya sea con base en la teoría del interés o en las determinaciones del plan, las opiniones se reparten entre quienes consideran que el subsuelo es una *res nullius;* quienes entienden que se trata de un bien de titularidad pública, y aquí, a su vez, hay quien lo considera dominio público[544] y quien defiende su atribución al Estado como bien vacante[545]; también se ha defendido que el subsuelo en su globalidad no constituye un bien en sentido jurídico-civil sino un mero espacio en el que los poderes públicos ejercen sus potestades[546]. Algunas leyes autonómicas en materia urbanística han dado el paso de consagrar la presunción del carácter público del espacio situado más allá de los aprovechamientos

---

artículos 348 y 350 Cc, en "El subsuelo urbanístico", *REDA,* núm. 66, 1990, págs. 195, 199.

[543] El artículo 8 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, bajo la rúbrica "Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades", estableció en su apartado 1.a) que el propietario tiene la facultad de "realizar instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, *estando expresamente* permitidas, no tengan el carácter legal de edificación" y en el aparto 2 afirmó que las facultades reconocidas "alcanzarían al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público". Actualmente se recoge en el art. 8 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

[544] V. A. NIETO GARCÍA, "El subsuelo urbanístico", cit., pág. 189; L. PAREJO ALFONSO, "Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo", cit., pág. 402.

[545] V. V. L. MONTÉS PENADÉS, "Artículos 351 y 352", cit., págs. 262-263; T. R. FERNÁNDEZ, "La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo", cit., págs. 591-593; B. NOGUERA DE LA MUELA, "El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones", cit., pág. 209.

[546] V. J. M. ALEGRE ÁVILA, "El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico", cit., págs. 328-331.

reconocidos por el plan, lo que plantea serias dudas respecto a la constitucionalidad de este tipo de declaraciones[547].

Con estas reflexiones se adelantan elementos que se retomarán más adelante, al tratar el vigente régimen de los hallazgos establecido en la LPHE. Baste por ahora concluir que, al margen de los límites que expresa el propio artículo 350 del Código Civil cuando remite a la legislación administrativa especial, la propia interpretación de la dinámica interna del derecho de propiedad inmobiliaria ha proveído de argumentos que desmentían la pretendida extensión ilimitada del dominio en sentido vertical.

2.1.2.2.2. La incidencia de la legislación administrativa especial sobre el artículo 350 del Código Civil

Tradicionalmente se ha mantenido en segundo término respecto al debate sobre los límites intrínsecos del derecho de propiedad inmobiliaria la alusión a la legislación administrativa especial que se encuentra en el inciso final del artículo 350 Código Civil. Llevada a primer plano, puede señalarse que la redacción del artículo, más que a la consagración de una presunta extensión ilimitada del dominio, permite tomar conciencia de los límites o

[547] Recogen esta afirmación las leyes del suelo de Canarias (Anexo, apartado 1.1, Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo); Extremadura (Disposición Preliminar, apartado 1, Ley 15/2001, de 14 de diciembre); Andalucía (art. 49.3 Ley 7/2002) Y Castilla –La Mancha (Disposición preliminar apartado 1, Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre). Sobre la necesidad de que sea una ley estatal la que efectúe una declaración de estas características, v. L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo", cit., pág. 14; C. AGOUÉS MENDIZABAL, "La función social en la propiedad del subsuelo urbano", cit., págs. 33-34.

restricciones a que se halla sometido[548] y determina la necesidad de integrar las determinaciones de la legislación administrativa especial en su interpretación. Comenzando por la parte final del inciso, la referencia a los reglamentos de policía justifica contemporáneamente la remisión a la normativa urbanística[549]. De ésta no puede sostenerse hoy que constituya una limitación externa al derecho de propiedad sino la regulación encargada de concretar su función social, la que dota de contenido al interés jurídicamente protegido del propietario, al punto de convertirse el Derecho urbanístico en el Derecho "especial-general" de la propiedad del suelo[550].

En materia de aguas, la Ley de 1879, vigente a la fecha de adopción del Código Civil, contemplaba a favor del propietario de la superficie un derecho preferente a su alumbramiento y adquisición, si bien condicionado a que no se distrajeran aguas públicas o privadas de su corriente natural (art. 23). Es decir, no existía una propiedad previa del propietario superficiario sobre las aguas no alumbradas, sino una mera facultad de apropiación privilegiada[551]. El advenimiento posterior del artículo 350 del Código Civil pudo conducir a una subversión en la interpretación de la Ley de Aguas consistente en transformar la facultad de perforación en un dominio actual sobre las aguas. Se trata, no obstante, de una conclusión a la

---

[548] V. V. MONTES PENADES, "Comentario al artículo 350", cit., pág. 257; T. R. FERNÁNDEZ, "La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo", cit., págs. 589, 591.

[549] V. T. R. FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 593.

[550] V. L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo", *RDU y MA*, núm. 219, pág. 15.

[551] V. A. NIETO GARCÍA, "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", págs. 11-17.

que no se llega integrando el sentido del artículo 350 con las determinaciones de la Ley de Aguas entonces vigente.

Sobre este panorama normativo habría de incidir la Ley 29/1985, de Aguas, que ampliaría el dominio público hidráulico con la expresa inclusión de las aguas subterráneas renovables (art. 2.a) y los acuíferos subterráneos (art. 2.d). La demanialización afecta incluso a las llamadas "aguas privadas", aquéllas sobre las que ya recaen derechos al tratarse de aguas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte o de pozos o galerías en explotación, para las que la Ley contempla la posibilidad de transformarlas en derechos de aprovechamiento temporal (Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera). Esta solución, cuya constitucionalidad fue avalada por la STC 227/1988, de 29 de noviembre, acredita el carácter de *res nullius* de las aguas no alumbradas[552], para ellas el legislador no ha contemplado ningún tipo de medida compensatoria. El carácter de *res nullius* de las aguas no alumbradas ya se deducía de la Ley de Aguas de 1879, al verificarse la adquisición de las aguas subterráneas en el momento del alumbramiento, aun cuando la facultad de perforación estuviera asociada a la condición de propietario.

En el ámbito de las minas, la tradición que las excluye del dominio del propietario del predio ha sido más constante, con diversos matices. Las Partidas afirmaron el privilegio real de percibir rentas por la explotación de las minas de metal[553] y, con mayor

---

[552] La propia STC 227/1988, se hace eco de esta consideración en el FJ 12º.

[553] Ley XI, Título XXVIII, Partida III atribuye a los reyes las rentas de las minas de metales.

rotundidad, la regulación dada por Felipe II en 1559 y 1584, recogida en la Novísima Recopilación[554], determinó su adscripción al Patrimonio Real. A esta regulación sucede la Ley de Minas de 1868, que no sólo atribuía al dominio del Estado los yacimientos mineros, sino todo el subsuelo, entendido por tal el espacio situado más allá de la profundidad que hubieran alcanzado los trabajos del propietario.

Este somero repaso a la legislación administrativa a la que remite el propio Código Civil permite concluir que el artículo 350, cualquiera que sea el criterio adoptado para modular su extensión, queda en última instancia condicionado por las determinaciones de leyes especiales que sustraigan determinados bienes,

---

[554] Bajo la rúbrica "De las minas de oro, plata y otros metales" el Título XVIII, del Libro IX reúne seis leyes de entre las que destacan las Leyes III y IV, dadas por Felipe II el 10 de enero de 1559 y el 22 de agosto de 1584, respectivamente. Por la primera se incorporaron al Real Patrimonio todas las minas de metal, cancelando privilegios anteriormente concedidos, con la salvedad de aquéllas minas que vinieran siendo explotadas. Esta incorporación al Patrimonio Real es compatible con la instauración de un régimen de ocupación en la apropiación de los minerales extraídos, por el que se permitía la libre investigación y excavación de los yacimientos, cualquiera que fuera la naturaleza del terreno en que se hallaran, y se concedía al descubridor su disfrute con la obligación de dar cuenta al registro de minas que se creaba del yacimiento descubierto y del metal extraído. Se exigía igualmente indemnizar al propietario del terreno por los daños ocasionados por las actividades de búsqueda y excavación, y finalmente, la entrega a las autoridades del porcentaje correspondiente a la Corona. El régimen de registros así como las partes que habían de entregarse a las autoridades reales se desarrolla prolijamente en la Ley de 1584. Del mismo modo, se determinó la inclusión en el Patrimonio Real de las minas y pozos de sal, en la Ley dada por Felipe II el 10 de agosto de 1564 (Ley I, Título XIX, Libro IX Novísima Recopilación). Respecto a las minas de carbón, al no tratarse de metal, por Real Orden de Carlos III de 27 de noviembre y cédula del Consejo de 26 de diciembre de 1789 (Ley II, Título XX, Libro IX Novísima Recopilación), se determinó que pertenecían al propietario del terreno, pero si descubiertas se pusieran en explotación, las autoridades podían adjudicar su beneficio al descubridor.

individualizándolos, de su radio de acción[555]. En este sentido, puede afirmarse que el artículo 350 del Código Civil funciona como norma supletoria que permite aglutinar bajo una única titularidad una serie de elementos que, aunque puedan estar conectados física u orgánicamente, pueden tener muy diversa naturaleza y, como tales, eventualmente ser objeto de una consideración autónoma por el Derecho[556]. Esta individualización no necesariamente se sustancia en una declaración de dominio público sino que puede consistir también en la proyección de un régimen de adquisición privada que favorezca, por razones de política legislativa, a un sujeto distinto del propietario superficiario. La eventual disociación operada por la ley especial se justifica en razones de interés público[557], sustentadas a su vez en características intrínsecas de los bienes que pretenden individualizarse, de modo que, pese a la conexión física, proporcionen base para la diferenciación material respecto al fundo que los alberga[558].

En todo caso, la viabilidad jurídica de este tipo de operaciones legislativas, en virtud de la garantía patrimonial que consagra la

---

[555] En el mismo sentido, v. I. GONZÁLEZ RÍOS, *El subsuelo, el vuelo y los espacios libres y zonas verdes,* Ed. Comares, 2002, págs. 5-7.

[556] Señala L. DÍAZ-PICAZO que "[…] el subsuelo es en unos casos, pura prolongación del suelo, mientras que en otros es un objeto jurídico autónomo e independiente. No se puede decir que lo primero sea la regla general, pese al artículo 350 Cc, y lo segundo sea la excepción", en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* cit., pág. 200.

[557] V. N. PÉREZ CÁNOVAS, "Problemas actuales en torno a la delimitación vertical…", cit., págs. 757-758.

[558] Este argumento, respecto a las aguas subterráneas se encuentra en A. NIETO GARCÍA, "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", cit., pág. 11, respecto a las minas en A. GUAITA MARTORELL, *Derecho administrativo. Aguas ,montes, minas*, cit., pág. 314.

Constitución, pasa por la consideración implícita de que los bienes individualizados por las leyes especiales no se integran aún en el haber patrimonial del propietario inmobiliario, pese al tenor literal del artículo 350 del Código Civil. Es pertinente recordar aquí que el precepto afirma que el propietario de la superficie lo es también "de *lo que está* debajo de ella". Sin embargo, de ahí no se deriva propiamente una titularidad actual sobre cualquier bien por el mero hecho de hallarse bajo la superficie, al margen de que se tenga o no conocimiento de su existencia. La adscripción al propietario de la superficie se hace efectiva en la medida en que se conoce qué es contenido por el fundo. En este sentido, el artículo 350 no blinda o bloquea una titularidad que *ya es* en abstracto, sino que sienta un principio dinámico que se concreta respecto de lo que efectivamente se conoce que está bajo la superficie y se extiende a lo que pongan de manifiesto los trabajos del propietario, ya estén amparados por la teoría del interés o por la función social de la propiedad inmobiliaria concretada en los instrumentos urbanísticos. De ahí que las leyes administrativas especiales puedan intervenir lícitamente sustrayendo con carácter originario de la acción de este principio bienes que aún no se han incorporado a la titularidad del propietario inmobiliario -bienes que, en definitiva, no han ingresado aún al tráfico jurídico-, sin necesidad de prever medidas compensatorias.

En síntesis, en defecto de legislación administrativa especial que sustraiga de su alcance determinados tipos de bienes, el artículo 350 del Código Civil determina la adscripción a la titularidad del propietario de bienes concretos, conocidos, contenidos en el inmueble, dentro del ámbito de extensión de las facultades del propietario que tutela el ordenamiento jurídico.

2. 2. La progresiva formulación de un régimen administrativo especial de los hallazgos de bienes culturales

En paralelo y, en gran medida, de espaldas al régimen común se fue gestando en nuestro país un régimen de los hallazgos de bienes culturales –"*antigüedades*" en la terminología de la legislación histórica- orientado a favorecer, en un primer momento, la mera realización de descubrimientos que nutriera de materiales los trabajos de la Academia de la Historia y, andando el tiempo, a garantizar la ejecución en modo científico de excavaciones arqueológicas. Estas finalidades conducirán a un orillamiento de la figura del propietario del lugar, protagonista en el régimen común, en el régimen administrativo especial de los hallazgos y el favorecimiento de la figura del descubridor o, más propiamente, del explorador, que se convierte en el vehículo de realización de los fines públicos que inspiran la legislación especial. Asimismo, de forma creciente, se advierte la afirmación de prerrogativas estatales en la adquisición de este tipo de hallazgos, en primer término, mediante el reconocimiento de facultades de naturaleza expropiatoria y, posteriormente, mediante la atribución originaria de determinado tipo de hallazgos.

La evolución del régimen de los hallazgos de bienes culturales está jalonada fundamentalmente por tres normas a las que se hizo referencia en el capítulo II: la Instrucción sobre el modo de recoger monumentos antiguos de 1803, la Ley de Antigüedades de 1911 y, con un alcance más limitado, la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933. Aunque no se ocuparan específicamente del Patrimonio Cultural, han de tenerse también en cuenta las disposiciones

previstas en las leyes de puertos y de hallazgos y salvamentos marítimos, en especial, por su articulación con la legislación cultural. Todas ellas testimonian una línea legislativa que se consolidaría finalmente en la LPHE.

2.2.1. Una primera referencia a los hallazgos de restos arqueológicos en la normativa del período ilustrado

Como se indicó, la *Instrucción sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos que se descubren en el reyno, baxo la inspección de la Real Academia de la Historia*, adoptada por resolución de Carlos IV al Consejo de 24 de marzo de 1802 y cédula del Consejo de 6 de julio de 1803[559], constituye el primer intento en nuestro país de regulación con pretensiones de generalidad de ese sector de la realidad que hoy denominamos Patrimonio Histórico o Cultural. El principal contenido normativo de la Instrucción se sustanciaba en el señalamiento de unos deberes "cívicos" consistentes en la comunicación a la Academia de los descubrimientos que se efectuaran y las circunstancias de los hallazgos, exhortación que se dirigía a las capas ilustradas de la sociedad –eruditos locales y eclesiásticos-, a fin de contribuir a la realización de las empresas científicas de la Academia.

El punto segundo de la Instrucción contenía un precepto relativo a la adquisición de los *monumentos antiguos*:

---

[559] Ley III, Título XX, Libro VIII Novísima Recopilación.

> "De todos estos monumentos serán dueños los que los hallasen en sus heredades y casas, ó los descubran á su costa y por su industria. Los que se hallaren en territorio público ó realengo (de que soy dueño) cuidarán de recogerlos y guardarlos los Magistrados y Justicias de los distritos […]"

El criterio que determina la adquisición es el descubrimiento, ya se hubiera operado por el titular de la heredad o por un tercero, como medida orientada a favorecer la realización de estas actividades. En el apartado cuarto se exhortaba a los descubridores a anotar el paraje de los hallazgos a fin de comunicarlos a la Academia. La comunicación podía determinar la adquisición de los bienes hallados "*por medio de compra, gratificación o según se conviniese con el dueño*"[560]o la conducción por la Academia de sus propias exploraciones en el lugar del hallazgo. Las deficiencias técnicas de la disposición se ponen de manifiesto cuando se repara en que la Instrucción no distingue entre hallazgo de bienes muebles e inmuebles –ambas categorías integran la noción de "monumento antiguo"- , o cuando nos preguntamos cómo habría de resolverse el previsible conflicto entre descubridor y propietario del terreno cuando no se tratara de la misma persona. Igualmente se suscita la duda de la solución que se aplicaba a los hallazgos casuales, dado que la Instrucción sólo parece contemplar el supuesto de búsqueda deliberada de estos monumentos. No obstante, el valor de la

[560] El apartado sexto de la Instrucción reitera esta idea cuando dice "[l]a Academia quedará agradecida á los buenos patriotas que coadyuven a la ilustración de la Patria por el medio de buscar, conservar y comunicarla los monumentos antiguos arriba nombrados; sin que por eso dexe de satisfacer á los poseedores de las cosas halladas el tanto en que se convinieren, quedando la conducción de ellas á cargo de la Academia".

Instrucción, más que en el rigor o finura en la resolución de problemas técnico-jurídicos, reside en constituir el testimonio de una orientación legislativa que se separa de los criterios manejados en el régimen común y es desde esa perspectiva por la que se trae a colación.

Del principio general de atribución al descubridor, se separan los monumentos descubiertos en "territorio público o realengo", que debían ser recogidos y custodiados por las autoridades del distrito. Habida cuenta de que el concepto de realengo no se corresponde ni con el moderno concepto de dominio público ni con el de bienes patrimoniales, sino que designaba a todos aquellos territorios directamente sometidos a la jurisdicción del monarca y sujetos a sus tributos, por no encontrarse bajo el señorío de un noble, de una orden religiosa (abadengo) o de otro tipo de corporación[561], no era escaso el ámbito espacial en el que regía la apropiación por las autoridades de los monumentos descubiertos. Sustituirían a los justicias y magistrados en estas tareas los Alcaldes, a quienes se encomienda en 1844 la remisión a las recién creadas Comisiones de Monumentos Históricos y Artísticos de los fragmentos y objetos arqueológicos descubiertos en el término, con expresión del lugar de su hallazgo[562]

---

[561] ESCRICHE define la voz bienes realengos o realengo como "[l]os bienes de los pecheros, esto es, los bienes afectos á los tributos y derechos reales, á diferencia de los bienes de los hidalgos y manos-muertas", en *Diccionario de legislación y juriprudencia*, cit.

[562] La obligación se formula en el art. 33.5ª de la Real Orden de 24 de julio de 1844 (Gaceta de 28 de julio de 1844), por el que se formula la Instrucción seguir por las Comisiones Provinciales de Monumentos. Estos órganos, creados en 1844, constituyen el germen de una incipiente organización administrativa periférica en el campo del Patrimonio Histórico. Sus actividades, sin embargo, tuvieron un

Durante la vigencia de la Instrucción, la principal vía por la que se allegaron "antigüedades" a las instituciones públicas fueron las exploraciones arqueológicas emprendidas por los académicos y las impulsadas a partir de 1844 por las secciones de arqueología de las Comisiones Provinciales de Monumentos[563]. Hasta tal punto debieron adquirir importancia las investigaciones arqueológicas a iniciativa de las comisiones, en un contexto general de precariedad de recursos económicos, que en 1854 se prohibió que los presupuestos de las comisiones se destinaran a la financiación de nuevas exploraciones, en tanto no se hubieran atendido previamente las necesidades de restauración y conservación de edificios monumentales y el sostenimiento de archivos, bibliotecas y museos provinciales[564]. La actividad arqueológica de las Comisiones resultaría nuevamente impulsada en 1865, fecha en la que se les

---

limitado alcance y eficacia tanto por las características de su diseño organizativo (presidencia por cargos políticos y naturaleza honorífica del resto de sus miembros) como por la escasez de recursos de que disponían. V. sobre la regulación de las comisiones de monumentos A. YÁÑEZ VEGA y A. C. LAVÍN BERDONCES, "La legislación española en materia de Arqueología hasta 1912: análisis y evolución en su contexto", cit..

563 La primera instrucción a las Comisiones Provinciales de Monumentos de 1844 preveía la realización de excavaciones por su iniciativa, nombrando a las personas que pudieran encargarse de la dirección e interviniendo todos los objetos que se descubrieran en el curso de las mismas (art. 23.2ª RO de 24 de julio de 1844).

564 Así se recoge en el artículo 31 del Real Decreto de 15 de noviembre de 1854 (Gaceta de 17 de noviembre de 1854) por el que se establece la nueva organización de las Comisiones de Monumentos Históricos y Artísticos. Debe tenerse presente que la creación de estos órganos, como atestiguan los diferentes reglamentos dictados a lo largo del siglo XIX, estuvo fundamentalmente animada por el intento de poner freno al proceso de disgregación, desaparición o destrucción de la ingente masa de bienes culturales que pasaron a manos del Estado a raíz de los procesos desamortizadores. Por ello, la misión prioritaria de las comisiones consistía en indagar la ubicación y situación posesoria de los mismos y emprender las acciones que fueran necesarias para preservar tanto su integridad física como la titularidad estatal.

encomienda la vigilancia de las obras públicas para evitar la pérdida o destrucción de los objetos artísticos y arqueológicos que aparecieran mediante su intervención[565], así como el impulso y dirección de aquellas excavaciones que se consideraran necesarias para la ilustración de la historia nacional.

La Instrucción constituyó la norma de referencia en materia de hallazgos arqueológicos durante todo el siglo XIX hasta la adopción de la Ley de Antigüedades de 1911, si bien su vigencia resultaba cuestionada por la consagración del régimen adrianeo del tesoro en la Ley de Mostrencos de 1835 y, especialmente, en el Código Civil de 1889, que además contemplaba expresamente que el Estado pudiera adquirir por justo precio los efectos que fueran interesantes para las ciencias o las artes. El escaso conocimiento público de la existencia de la Instrucción a pesar de los reiterados esfuerzos por divulgarla desde las instancias superiores[566],, la ausencia de mecanismos jurídicos que auténticamente implicaran una policía de los hallazgos

---

[565] Función establecida en el artículo 17.10 de la Real Orden de 24 de noviembre de 1865 (Gaceta de 11 de diciembre de 1865) que regulaba nuevamente las Comisiones y las sitúa en el ramo histórico de nuevo bajo la dependencia de la real Academia de la Historia, suprimida la Comisión Central en 1857 por la Ley de Instrucción Pública (Ley Moyano).

[566] El escaso conocimiento y grado de aplicación de las disposiciones normativas durante el siglo XIX, con especial incidencia en el ámbito de la Administración, se explica en gran medida porque no fue hasta la promulgación del Código Civil en 1889 cuando se incorpora con carácter general la publicidad de las normas como requisito de eficacia. Los medios empleados con anterioridad eran una combinación de transmisión jerárquica con una limitada publicidad provincial. V. M. LORENTE SARIÑENA, "Constitución, ley y administración: una propuesta de relectura de nuestra historia constitucional (1812-1931)", en VV. AA (coord.. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 6420-6421, y, con carácter general, de la misma autora, *La voz del Estado: la publicación de las normas (1810-1889),* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

unida a la penuria de medios económicos y personales de la administración de la época, explica que las autoridades permanecieran al margen de algunos de los descubrimientos más importantes de la historia arqueológica española, de los que se tuvo noticia cuando los bienes ya se encontraban fuera de nuestras fronteras[567]. La necesidad de una nueva ley que sustituyera el impreciso régimen ilustrado, incorporando medidas ya previstas en otras legislaciones de nuestro entorno y permitiera una intervención más intensa de los poderes públicos se hizo evidente a finales del siglo XIX[568].

2.2.2. La Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911

[567] Es el caso del tesoro de Guarrazar, compuesto por una serie coronas votivas visigóticas de oro y piedras preciosas, descubierto en 1858, en primer término, por una pareja de labradores, a quienes se sumaría un militar francés que adquirió la propiedad del terreno para realizar excavaciones que condujeron a nuevos hallazgos. Gran parte de las coronas serían adquiridas con la intermediación de un joyero toledano instalado en París por el recién creado Museo de Cluny, lo que dio pie a intensas gestiones diplomáticas para intentar recuperar el hallazgo. Éstas resultaron en último término infructuosas al no poder acreditar las autoridades españolas ante las francesas la ilegalidad de la adquisición por los descubridores y las personas implicadas en la venta al museo. El argumento empleado por las autoridades españolas consistió en negar el carácter de depósito ignorado del hallazgo justificado en una presunta continuidad entre la monarquía visigótica y el reinado de Isabel II, lo que explica en parte el fracaso de las gestiones. V. L. J. BALMASEDA MUNCHARAZ, "La reclamación diplomática del tesoro de Guarrazar", *Boletín ANABAD,* Tomo 45, núm. 1, 1995, págs. 165-175.

[568] Ilustrativo del estado de opinión que se iba generalizando en los estamentos administrativos es el artículo de F. NAVARRO Y LEDESMA, "Necesidad de una ley de antigüedades", *Revista de Archivos,* núm. I, 1897, págs. 446-448.

La Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911 (Gaceta de 8 de julio de 1911), a la que ya se aludió al tratar la recepción en el ordenamiento jurídico de un concepto metódico de las actividades arqueológicas[569], acompaña el control administrativo de las excavaciones de una nueva regulación de los hallazgos arqueológicos en términos más precisos y clarificadores que sus antecedentes de época ilustrada y decimonónica.

Recordemos que la aplicación de la Ley se asentaba sobre el concepto de antigüedades, definidas como "todas las obras de arte y productos industriales pertenecientes a las edades prehistóricas, antigua y media". A éstas se añadían, a efectos de aplicación de la Ley, "las ruinas de edificios antiguos que se descubran; a las hoy existentes que entrañen importancia arqueológica, y a los edificios de interés artístico abandonados a los estragos del tiempo" (art. 2 Ley 1911). La Ley de Excavaciones, sin embargo, sólo regulaba el hallazgo de objetos, "*antigüedades*" en la terminología de la ley, sin contener referencia alguna al destino de los restos inmobiliarios o "*ruinas*" que se descubrieran. Los criterios que determinaban la atribución atendían a las circunstancias del hallazgo: el carácter casual o deliberado del mismo, la existencia o no de autorización administrativa y, finalmente, la nacionalidad del descubridor. En el caso de investigadores españoles autorizados la Ley disponía que el Estado les *concede* la propiedad de los objetos descubiertos (art. 5, 1er. párrafo Ley). Tratándose de excavadores extranjeros, se establecía que *hacen suyos en pleno dominio* un ejemplar de los objetos duplicados descubiertos, ostentando sobre los bienes no duplicados

[569] V. Capítulo II, epígrafe 2.

tan sólo un derecho a su estudio, para lo cual se permitía la salida de los mismos al extranjero con el compromiso de restitución al Estado español en el plazo de un año (art. 5 4º párrafo Ley)[570].

La terminología empleada, aunque escasamente rigurosa, evocaba la idea de una suerte de dominio eminente del Estado, de titularidad originaria sobre las antigüedades, de la que el Estado se desprendía para premiar a los investigadores autorizados[571]. Esta idea resultaba claramente acogida en el proyecto de ley original, de 2 de junio de 1911[572], que hablaba de concesión de la *posesión* de los bienes descubiertos a los descubridores, concesión que caducaba a la muerte del descubridor o por la disolución de la sociedad descubridora (art. 8 Proyecto). La tramitación parlamentaria suprimió la reversión al Estado de los bienes por muerte del descubridor: por el contrario, se aseguró que éste adquiriera una auténtica propiedad sobre el hallazgo, al permitirse expresamente la transmisión a los herederos (art. 8, 3er. párrafo Ley)[573]. Sólo se

---

[570] La inseguridad que introducía la noción de objeto duplicado fue criticada durante la tramitación parlamentaria por el Diputado Sr. Marqués de Lema, *Diario de las sesiones de las Cortes,* núm. 64, 21 de junio de 1911, pág. 1710.

[571] Lo apunta J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, en "La Dama de Baza", cit., pág. 588, si bien finalmente rechaza esta interpretación por el carácter automático y *ex lege* de la adquisición.

[572] Publicado en la Gaceta de Madrid, núm. 159, de 8 de junio de 1911, elaborado por el Ministro Gimeno. Antecedieron a este proyecto un Real Decreto de 6 de diciembre de 1883, por el que se creó una comisión encargada de formular las bases de una ley de antigüedades así como tres proyectos de Ley: de García Alix en 1900, de Domínguez Pascual en 1904 y de Rodríguez de San Pedro en 1908. Una referencia a estos proyectos en R. RODRÍGUEZ PASCUAL, "La protección a las antigüedades (2)", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos,* Tomo 32, ene-jun 1915, págs. 127-137.

[573] Sólo en caso de que a raíz de la transmisión hereditaria pudiera disgregarse una colección con perjuicio para su valor el Estado podía adquirir la

mantuvo para el caso de disolución de las corporaciones (art. 8, 2º párrafo Ley), supuesto en el que la posesión de los bienes revertía al Estado[574]. Las corporaciones como se indicó, constituían uno de los principales –si no los principales- impulsores de actividades arqueológicas por aquella época: a la labor tradicional en este campo de la Academia de la Historia y otras academias periféricas, se añadía a inicios del siglo XX la actividad entusiasta de algunos ayuntamientos y diputaciones.

Respecto a las antigüedades halladas casualmente en el subsuelo o encontradas al demoler edificios antiguos, se establecía la propiedad del Estado sobre las mismas (art. 5, 1. párrafo Ley). Se disponía la *indemnización* al descubridor, al hacer entrega de los bienes encontrados, por valor de la mitad del importe de tasación de los bienes, y por la otra mitad al dueño del terreno, si bien sólo en el supuesto de hallazgos acaecidos en el curso de demoliciones (art. 5. 2º párrafo Ley). El empleo del término indemnización introducía confusión respecto a la naturaleza jurídica de este pago: realmente se trataba de un premio por la comunicación y entrega de los bienes descubiertos y no de una indemnización que compensara la pérdida de una adquisición originaria en favor del descubridor y, en su caso, del dueño del terreno de acuerdo con esquemas propios del régimen

---

colección completa, se entiende, aunque no está claramente expresado, que a través de un procedimiento expropiatorio.

[574] Pese a la terminología empleada, se defendía que a las Corporaciones correspondía no una mera posesión sino una auténtica propiedad, v. R RODRÍGUEZ PASCUAL, "La protección a las antigüedades (3)", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos,* tomo 32, ene-jun 1915, pag. 260.

común[575]. El premio se fijaba a partir del valor global del bien descubierto, no por referencia exclusivamente al valor de los materiales, lo que quizás contribuía a su errónea consideración como una auténtica indemnización. En este punto, como en otros, el texto final de la ley consagraba una solución más favorable a los intereses privados, a diferencia del proyecto original[576]. De este régimen general se extraían los hallazgos casuales acaecidos con ocasión de la realización de obras públicas: el premio –en este caso sí se empleaba este término- se elevaba hasta la totalidad del valor intrínseco del bien, si el objeto era de metal o piedras preciosas, y se limitaba a una quinta parte del valor de tasación en los restantes casos (art. 6. 2º párrafo Ley)[577].

---

[575] La similitud del artículo 5.2 de la Ley de Excavaciones con el régimen de partición adrianea del tesoro en los casos de hallazgo casual ha conducido a que desde el Derecho Civil se haya querido ver preservados el juego de los principios de accesión y ocupación en el régimen administrativo. Así lo entiende, J. L.MOREU BALLONGA. Pero el contenido íntegro del artículo impide mantener esta tesis, ya que ninguna "indemnización" se dispone a favor del propietario del fundo cuando el hallazgo tiene lugar en el subsuelo. A la vista de ello, MOREU BALLONGA no puede más que considerar esta omisión como injustificada, v. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, cit., pág. 658. Una crítica a los planteamientos de MOREU BALLONGA por J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, cit., tomo II, pág. 388, 413.

[576] El artículo 6 del Proyecto de Ley establecía: "Servirá de tipo inicial para las tasaciones el valor intrínseco del objeto, según el material de que esté fabricado […]".

[577] El artículo 7 del Reglamento recoge un contenido no del todo fiel a las determinaciones de la Ley, cuando establece que "[…] en los demás casos [hallazgos de bienes que no fueran de metal o piedras preciosas] le indemnizará [al descubridor] con arreglo a la tasación legal a que se refiere el artículo 6 de este Reglamento". La remisión debe entenderse en el sentido de que en esos supuestos se tasaba en atención a su valor íntegro, y no por referencia al valor de los materiales (caso de los hallazgos de metal o piedras preciosas en obras públicas). A partir de ahí, el tanto del premio en los hallazgos en obras públicas se reducía legislativamente a un quinto del valor según tasación, frente a la mitad del valor que percibía el descubridor en los hallazgos casuales en propiedades privadas. Sobre el carácter *contra legem* de la redacción del artículo 7 del Reglamento, v. J. L.

La adquisición por el Estado de los hallazgos casuales, tal como se desprende de la literalidad del artículo 5 de la Ley, era automática desde el momento del descubrimiento[578]. La amplitud con que la Ley, pese al criterio cronológico empleado, definía su ámbito objetivo conducía a que el Estado se convirtiera en propietario indiscriminado de cualquier antigüedad descubierta y en deudor de los premios legalmente establecidos, desde el momento en que descubridor o, en su caso, propietario del terreno, hicieran entrega de los bienes hallados. Este efecto, con importantes implicaciones para la Hacienda Pública, no pasó desapercibido en los debates de la Ley, pese a lo cual no llegó a explicitarse que el Estado tuviera una opción a la adquisición de los hallazgos casuales[579].

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La Dama de Baza", cit., pág. 587, y J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, pág. 387.

[578] Sostuvo, en cambio, MOREU BALLONGA que la propiedad del Estado nacía "*desde que lo oculto hubiera llegado a ser objetivamente* <<*antigüedad*>>" pero sólo se refiere a las antigüedades descubiertas casualmente, de tal manera que anticipa el momento en que devienen propiedad del Estado a la producción del hecho –el hallazgo casual- que finalmente determina la propiedad pública. En cambio, en el caso de los exploradores autorizados no aclara cuál es el título de adquisición, una vez que admite que el Estado es titular *ex ante* de las antigüedades. Hablaba MOREU en ese caso de "*un modo complejo de adquirir u ocupación impura del buscador hallador*", en *Ocupación, hallazgo y tesoro*, cit., págs. 658-659.

[579] El Diputado Sr. Marqués de Lema defendió la conveniencia de mantener el régimen expresado en el artículo 351.3 del Código Civil ya que, una vez comprobado el escaso interés de la antigüedad descubierta, el Estado no podía renunciar a su propiedad por existir, desde el mismo momento de la entrega, un derecho adquirido del descubridor - y, en su caso, del dueño del terreno - al premio o "indemnización" por la mitad del valor en que el objeto fuera tasado. Su planteamiento obtuvo una confusa respuesta del Ministro de Instrucción Pública Gimeno, el cual eludió pronunciarse sobre la cuestión de la derogación del Código Civil por la futura ley. En cuanto a la propiedad automática del Estado declaró crípticamente "[...] *Efectivamente, hay cierta ambigüedad en el artículo á que S. S. se ha referido; pero desaparecerá en el momento en que yo declare que el derecho del Estado es renunciable hasta cierto punto; podrá o no podrá renunciarle*". Lo que resulta más extraño, a la vista de la redacción diáfana del artículo 5 de la Ley, es que el

En relación a los bienes de naturaleza inmueble, nada se establecía sobre su hallazgo, lo que sugiere la vigencia del artículo 350 del Código Civil. La Ley se limitaba a señalar la posibilidad de que el Estado adquiriera la propiedad de las ruinas, ya se encontraran bajo tierra o sobre el suelo, "*mediante expediente de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización al dueño del terreno y al explorador, si existiere*" (art. 4.2 Ley). Sorprende en este caso la referencia al descubridor como receptor de una indemnización, aunque el propio precepto suministra argumentos para entender que se indemnizaba por el importe de los gastos efectuados en la realización de las excavaciones[580].

En síntesis, la Ley de Excavaciones de 1911 confirmaba respecto a los hallazgos muebles la tendencia apuntada por la Instrucción de 1803, de favorecimiento de la realización de actividades arqueológicas, en este caso con el premio al descubridor autorizado con la propiedad de los bienes descubiertos, siempre que no se tradujera en una salida del país de bienes singulares. Allí

Ministro parecía admitir tácitamente que se atribuía al Estado una opción de adquisición; en *Diario de las Sesiones de las Cortes,* núm. 64, de 21 de junio de 1911, págs. 1710 y 1712-1715, por lo que hace al Marqués de Lema, y 1711 y 1713-1714, las respuestas del Ministro Sr. Gimeno.

[580] Establece el artículo 4.2: "[…] En dicho expediente y para fijar la valoración se tendrán en cuenta los antecedentes de las exploraciones y el valor relativo en que las estime una comisión compuesta por Académicos de la Historia, de Bellas Artes y de Ciencias, si la estación de que se tratara fuese paleontológica". Por su parte, MOREU BALLONGA, empeñado en trasvasar los principios del régimen civil de la ocupación a la interpretación de la Ley de Excavaciones, consideraba posible que el artículo 4.2º párrafo de la Ley consagrara a favor del explorador la adquisición por ocupación de la mitad de la propiedad de las ruinas –la otra mitad correspondería por accesión al dueño del terreno-, lo que constituiría un supuesto excepcional de adquisición de inmuebles por ocupación, en *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., pág. 657; y "Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico – artístico", cit., págs. 266-267.

donde el hallazgo no era el resultado de la ejecución de una exploración científica sino fruto del azar o la casualidad, el Estado se erigía en titular y el premio por la comunicación y entrega de los efectos hallados quedaba limitado a un tanto del valor del hallazgo, variable según las circunstancias del mismo. El propietario del terreno quedaba en una posición muy secundaria, reconociéndosele tan sólo el derecho a ser indemnizado por los daños que ocasionaren las excavaciones en su propiedad, la titularidad de las ruinas, y un premio en el hallazgo casual de antigüedades por demolición de edificios antiguos. De este modo, la legislación española se situaba conscientemente en una posición intermedia entre los modelos que ofrecía el Derecho comparado de la época, definido en un extremo por el régimen vigente en Grecia, que ya consagraba la titularidad pública de todas las antigüedades que se descubrieran en el país, y los Estados que mantenían el régimen civil para este tipo de hallazgos, sin más prerrogativas públicas que la posibilidad de adquirirlas mediante expedientes expropiatorios[581].

Aunque la terminología empleada no fuera enteramente rigurosa, la Ley reflejaba la progresiva asunción de la idea de participación de la comunidad, representada por el Estado, en una suerte de titularidad moral sobre las antigüedades, que se concretaba

---

[581] Estos y otros antecedentes eran citados en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que finalmente no acompañaría a la versión final de la norma. En la franja intermedia en el Derecho comparado se situaba también la legislación italiana post-unitaria, representada en primer término por la Ley de 12 de junio de 1902. En su virtud, correspondían al Estado un cuarto de los objetos descubiertos, salvo que el descubrimiento hubiera sido realizado por personas o instituciones extranjeras, que adquiría entonces la totalidad. Posteriormente, la ley de 20 de junio de 1909 aumentaría la cuota del Estado a la mitad de lo hallado. Una noticia de la legislación comparada de la época en R. RODRIGUEZ PASCUAL, "La protección a las antigüedades", cit., pág. 391 y G. ROTONDI "I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro", cit., págs. 331-333.

en el caso de los hallazgos casuales y, también en cierta medida, en la *concesión* de la propiedad por el Estado a los excavadores autorizados. Pero, junto al supuesto de los hallazgos casuales, otras vías se habilitaban para la adscripción de bienes al Estado, diversas a la opción de la expropiación, que ya reconociera el Código Civil y confirmaba la Ley. Ya se indicó que la disolución de las corporaciones implicaba la reversión de los bienes al Estado. Idéntica solución se preveía cuando las corporaciones incumplían con el deber de conservar expuestos al público decorosamente los objetos hallados (art. 7 Ley). También pasaban al Estado las antigüedades descubiertas por exploradores no autorizados y en los casos de ocultación (art. 10 Ley). La ocultación resultaba del incumplimiento del deber impuesto a los poseedores de inventariar las antigüedades que tuvieran en su poder y comunicar su existencia a las autoridades, a fin de facilitar el control de la exportación, que era gravada con una tasa y estaba sujeta al ejercicio de derechos de tanteo o retracto por el Estado (art. 9 Ley, desarrollado en el art. 20 Reglamento). La ocultación podía conducir al al comiso de las antigüedades (art. 22, 2º párrafo Reglamento).

La voluntad de desplazar el régimen común del tesoro en la adquisición de las antigüedades, aunque no explicitada en el texto de la Ley, era fácilmente deducible al contrastar la coincidencia de los ámbitos objetivos afectados por una y otra regulación[582]: en la

[582] La superposición de los regímenes del tesoro y de la Ley de Excavaciones no pasó desapercibida durante los debates parlamentarios, particularmente, en relación a los hallazgos casuales. Así, el Diputado Sr. Marqués de Lema expresaba: "...Sabe S. S. mejor que yo, y la Cámara seguramente no lo ignora, el precepto del Código civil que se refiere á los tesoros, en los cuales cabe comprender naturalmente estas cosas, y allí dice que cuando un tesoro sea descubierto por cualquier sujeto éste podrá beneficiarse de la mitad del valor de él,

práctica, la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 relegaba la aplicación del régimen civil del tesoro a aquellos hallazgos datables en fecha posterior al reinado de Carlos I[583]. Sin embargo, precisamente en la falta de definición en la Ley de su respectivo ámbito de vigencia por referencia al Código Civil se encuentra la principal explicación a las dificultades que encontró para abrirse camino en su aplicación, a lo que se unía la incorporación de alguna solución que pudo conducir a pensar que la Ley de algún modo hacía suyos los planteamientos del Derecho Civil[584].

En la conciencia jurídica colectiva y en la de muchos tribunales la materia de los hallazgos apelaba al tesoro y, en general, a los principios del Derecho Civil. De ahí que, el régimen establecido en la Ley de Excavaciones y Antigüedades, o era violentado en su interpretación para que encajara en los moldes suministrados por el Código Civil, o simplemente ignorado. Así lo atestigua el caso, ya comentado, de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre

---

siendo la otra mitad de la propiedad del dueño del terreno [...] Indudablemente, teniendo en cuenta este precepto del Código civil, el segundo párrafo de este artículo [art. 5. 2 que fija el premio a los descubridores y, en su caso, al propietario, en los hallazgos fortuitos] lo ha querido evitar; pero nos encontramos con el primero que es un precepto terminante [art. 5.1, propiedad del Estado de las antigüedades descubiertas casualmente]...". Sin embargo, el Ministro Gimeno en su respuesta eludió pronunciarse sobre la derogación o desplazamiento del régimen del tesoro por la Ley de Antigüedades; en *Diario de las Sesiones de las Cortes*, núm. 64, 21 de junio de 1911, pág. 1709 para la cita del Marqués de Lema, y págs. 1711 y 1713-1714, las respuestas del Ministro Gimeno.

583 En el mismo sentido, J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, *ob. cit.,* tomo II, pág. 388, 392.

584 Es el caso del premio a descubridor y a propietario del terreno por la mitad del valor de los bienes descubiertos casualmente al demoler edificios antiguos, o la ambigua alusión a indemnización a propietario y explorador por la expropiación de ruinas.

de 1925[585], que aplicó el régimen del tesoro al hallazgo casual de unos candelabros de oro de época ibérica en el subsuelo. En contra del informe emitido por la Junta Superior de Excavaciones, que indicaba que sólo a los descubridores correspondía percibir el premio, la sentencia obligaba al Estado a expropiar los candelabros y a distribuir la indemnización por mitades entre descubridores y propietario del terreno. Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 (RJ 1976\1425), relativa a la Dama de Baza, pone de manifiesto la creencia de que el régimen administrativo venía a constituir una especificación o concreción del régimen civil, una regulación inspirada en éste y en todo compatible. La idea de que el régimen administrativo simplemente desplazara la aplicación del Código Civil no era una hipótesis contemplada. A partir de ahí los argumentos se mixtificaban en la sentencia. Así, la calificación jurídica de "ruina" otorgada por el Tribunal a la estatua de la Dama de Baza -lo que implícitamente implicaría considerarla un bien inmueble[586]- se compatibiliza con encontrar en el artículo 4.2

---

[585] *Jurisprudencia administrativa,* tomo 154, núm. 352, págs. 154-162. V. Capítulo III, epígrafe 2.1.1.2.5.

[586] La Dama de Baza pertenecía a una necrópolis y cumplía las funciones de urna en la que se depositaban las cenizas del difunto. El Tribunal Supremo, haciendo suya la argumentación del recurrente, sostuvo que "*la propia estatua ha de merecer igual conceptuación jurídica* [que la tumba y la fosa en que fue hallada] *en cuanto constituye uno de los elementos – el elemento principalísimo – de los materiales utilizados para la obra*". Lo cierto es que, aunque el artículo 4, 2º párrafo de la Ley asimilara a las ruinas "las antigüedades utilizadas como material de construcción en cualquier clase de obras", no parece que se refiriera a otra cosa que a los llamados inmuebles por incorporación, en los que se da cierta fijeza física o adherencia de la cosa accesoria respecto al inmueble principal. En cambio, las estatuas, como la Dama de Baza, junto a los relieves, pinturas y otros objetos de uso u ornamentación integran el concepto de inmuebles por destinación (art. 334.4 Cc), que en la sistemática de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 recibían la calificación de "antigüedades". Critican la interpretación del Tribunal Supremo J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "La Dama de Baza", cit., págs. 593, de donde

de la Ley (que hablaba de la indemnización a propietario y eventualmente al explorador por la expropiación de las ruinas) una consagración de los principios que inspiran la partición adrianea del tesoro del artículo 351 del Código Civil[587]. En la raíz de este polémico pronunciamiento se encontraba la necesidad de dar base a la pretensión de indemnización del dueño del terreno en que se produjo el hallazgo, puesto que sólo en las ruinas –a través de la expropiación- o del hallazgo casual de antigüedades durante la demolición de edificios –mediante un premio-, se reconocía algún tipo de derecho a los propietarios del inmueble.

Sobre este panorama general, la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933 introdujo nuevos elementos que contribuirían a la falta de claridad del régimen jurídico de los hallazgos arqueológicos.

2.2.3. La Ley del Tesoro Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933

La Ley del Tesoro Artístico Nacional, inspirada en el precedente Real Decreto-Ley del Tesoro Artístico Arqueológico Nacional de 9 de agosto de 1926 (Gaceta de 15 de agosto), constituyó

---

se ha tomado la argumentación del recurrente, y 596; B. MENCHÉN BENÍTEZ, "Jurisprudencia comentada. Sentencia de la Dama de Baza", cit., pág. 1195.

[587] Afirmaba el Tribunal Supremo que en virtud del art. 4.2 de la Ley "la indemnización corresponde al <<dueño del terreno>> y al explorador si existiere, que aquí efectivamente existió, pero con el carácter de fraudulento, antes relatado, al carecer de autorización para excavar en la finca donde encontró el hallazgo discutido, lo que le priva, según la ley, de todo derecho a esa posible indemnización, que queda estrictamente enucleada en favor del dueño del terreno donde el descubrimiento tuvo lugar...", cuarto considerando, sentencia de 22 de marzo de 1976 (Ar. 1425). Como se señaló, la indemnización al explorador debía entenderse relativa a los gastos realizados en las excavaciones.

la principal concreción normativa del mandato a los poderes públicos que efectuaba el artículo 45 de la Constitución de 1931. Responde además al encargo efectuado en el artículo 18 de la Ley de 10 de diciembre de 1931, sobre enajenación de obras artísticas, científicas y literarias de más de cien años de antigüedad, de 10 de diciembre de 1931 al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes para que remitiera a las Cortes a la mayor brevedad posible "el Código de Arte Antiguo y Moderno". La Ley de 1933, por tanto, no se circunscribía a la materia arqueológica, sino que afrontaba con carácter general la regulación del sector del Patrimonio Histórico.

En el terreno arqueológico, la Ley de 1933 afirmó la vigencia de los preceptos de la Ley de 1911 relativos a las excavaciones y a los objetos en ella descubiertos en tanto no se dictara una nueva Ley (art. 37). Pese a la declaración, se introdujeron algunas novedades. Entre ellas figuraban las determinaciones del artículo 40:

> "De todo hallazgo fortuito y del producto de las excavaciones hechas por particulares debidamente autorizadas, se dará cuenta a la Junta Superior del Tesoro Artístico que podrá conceder el disfrute de lo hallado al descubridor, a condición de que se comprometa a permitir el estudio, la reproducción fotográfica o el vaciado en yeso de los objetos encontrados o determinar su entrega al Estado con la indemnización que fija el artículo 45 de la Ley"

Del precepto transcrito se deduciría una unificación del régimen de los hallazgos, ya fueran resultado de exploraciones autorizadas o de descubrimientos casuales, con la atribución del

hallazgo en todo caso al descubridor[588]. De nuevo, la terminología evoca la idea de una suerte de dominio eminente del Estado, que justificaría la imposición de ciertas cargas a los descubridores a cambio de la propiedad de lo descubierto. La novedad afectaba a los hallazgos casuales, en los que la adquisición estatal automática que consagraba el artículo 5 de la Ley de Excavaciones –y que planteó algunas críticas en su tramitación parlamentaria por la consiguiente automaticidad del premio a favor del descubridor- se sustituía por una opción de adquisición. A su vez, del juego de los artículos 40 y 45 de la Ley de 1933, relativo este último a la determinación del valor justipreciado de los objetos para la indemnización, se derivaba un aumento de la cantidad que obtenía el descubridor fortuito, que pasaba a ser el valor íntegro de los objetos hallados frente a la mitad que contemplara la Ley de 1911. El artículo 40, a su vez, omitía toda referencia al propietario del terreno como sujeto indemnizable, en abierta divergencia con los criterios civiles[589]. Estas determinaciones resultaron oscurecidas posteriormente por el Decreto de desarrollo de la ley, de 16 de abril de 1936, en el que, de una parte, el artículo 27 atribuía al Estado la propiedad de "los fragmentos arquitectónicos de interés arqueológico, artístico o histórico" y disponía una "indemnización" al descubridor por la mitad del valor del bien según tasación oficial y, de otra, en el artículo 60 reiteraba la

---

[588] A juicio de ALEGRE ÁVILA el régimen del artículo 40 de la Ley se hacía extensivo incluso a los bienes inmuebles, en *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, cit., tomo II, pág. 395. Es una conclusión que resulta desmentida por el Decreto de desarrollo de 16 de abril de 1936 en el que se alude a la propiedad de "fragmentos" (art. 27) o de "objetos" (art. 62) , pero no se citan las ruinas, según la terminología de la Ley de 1911 ni, en general, los restos de naturaleza inmobiliaria.

[589] V. J.M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, cit., tomo II, pág. 389, 391 nota 88.

propiedad del "concesionario" de la autorización sobre los objetos descubiertos inventariados.

La confusión en torno al régimen de apropiación de los hallazgos y el papel de descubridor y propietario del terreno habría de incrementarse con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuyo artículo 80 aún se dedica a la "determinación del justo precio a efectos del premio para los descubridores de objetos de interés para el Patrimonio histórico, artístico y arqueológico de la Nación". Junto al uso del término "premio" que sugeriría la idea de no apropiación del hallazgo por los descubridores, contiene una ambigua referencia al mantenimiento de "*los porcentajes de participación que se reconocen en la legislación del ramo*" que parece remitir a la distribución del premio entre descubridor y propietario del terreno que contemplara la Ley de 1911 para los hallazgos casuales en la demolición de edificios antiguos o, eventualmente, al propio Código Civil, cuando el artículo 351.3 alude a la distribución del justo precio entre propietario y tercero descubridor casual en la adquisición por el Estado de tesoros interesantes para las ciencias o las artes. En todo caso, el artículo 80 de la Ley de Expropiación Forzosa da cuenta de las incertidumbres que han marcado el régimen jurídico de los hallazgos arqueológicos hasta la adopción de la LPHE.

No quedan ahí las dudas que planteaba la Ley del Tesoro Artístico Nacional, éstas se extienden al ámbito objetivo del régimen de los hallazgos previstos y, correlativamente, al ámbito de aplicación de la regulación civil del tesoro. La Ley de 1911 se ceñía a las "antigüedades", esto es, a los objetos anteriores al reinado de Carlos I; por su parte, el artículo 1 de la Ley de 1933, que abordaba contenidos más amplios, comprendía todos los objetos de interés

arqueológico de antigüedad superior a un siglo. Cabe entonces preguntarse si el régimen de los hallazgos que establecía el artículo 40 de la Ley 1933 se aplicaba al hallazgo de bienes interesantes con más de cien años de antigüedad o si, por el contrario, operaba dentro del ámbito objetivo acotado por la Ley de 1911, cuya vigencia se afirmaba. La primera de las interpretaciones supondría una restricción aún mayor de la operatividad del tesoro. De hecho, implicaría su desaparición *de facto,* ya que, como se expuso, la antigüedad constituye el principal indicio sobre el que se construye la inhallabilidad del dueño en el concepto de tesoro[590]. De ahí que a los hallazgos de antigüedad inferior al siglo tienda a aplicárseles el régimen de publicidad y de apropiación de los hallazgos corrientes.

2.2.4. El hallazgo de objetos históricos y arqueológicos en el mar

El repaso de los antecedentes normativos concluye con una breve referencia a las disposiciones sobre hallazgos de bienes que contienen la legislación de puertos y de salvamentos y hallazgos marítimos, en la medida en que han podido ser de aplicación a los bienes de valor histórico o arqueológico. Con la salvedad de la instrucción cursada por el Marqués de la Ensenada por Real Orden de 8 de abril de 1752 al Intendente de Marina del Departamento de Cartagena para la recuperación de un pecio y otros restos arqueológicos descubiertos a raíz de la realización de unas obras el

[590] Capítulo III, epígrafe 2.1.1.2.1.

arsenal[591], no ha existido una regulación que atienda específicamente a los hallazgos marítimos de bienes culturales. Ni la Ley de Excavaciones de 1911 ni la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933 contenían ninguna disposición relativa a estos hallazgos, lo que no impedía necesariamente su aplicación. Sin embargo, la legislación administrativa de los hallazgos marítimos ofrecía un régimen que permitía la adquisición por el Estado en términos mucho más favorables que los consignados en la legislación cultural. Debe tenerse en cuenta, además que en la legislación marítima no juega el criterio de antigüedad que recogían, con distinto alcance, las leyes de 1911 y 1933, por lo que, en todo caso, ha permitido la adquisición por el Estado de bienes de valor cultural que con arreglo a la legislación específica no tenían carácter "histórico".

El Código Civil ha remitido desde siempre la regulación de "*los derechos sobre los bienes arrojados al mar o sobre los que las olas arrojen a las playas*" a las leyes especiales (art. 617 Cc). Con anterioridad al Código Civil y a la aparición de las primeras leyes sobre puertos y navegación, el régimen de las embarcaciones hundidas y de los hallazgos marítimos se insertaba en el de los mostrencos y vacantes. En este sentido, la Ley de Mostrencos de 1835 consagró la propiedad del Estado sobre los buques naufragados que arribaran a las costas, sus mercancías y todo lo que el mar arrojare a las playas, siempre que careciere de dueño conocido (art. 1.Primero y Segundo). Quedaban fuera de la atribución al Estado los productos de la misma mar, cuya libre apropiación estaba tradicionalmente

[591] Archivo General de Simancas, Secretaría de Marina, legajo 713, disposición citada por A. YÁÑEZ VEGA y A. C. LAVÍN BERDONCES, "La legislación española en materia de Arqueología hasta 1912", cit., pág. 126.

amparada en el uso común de la zona marítimo terrestre por los particulares, así como "*los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante, o a aquel que los encuentra*", excepción que resulta difícil de precisar a la vista de la afirmación general de sentido contrario que la antecede. La carencia de dueño que justifica la apropiación estatal se vinculaba al transcurso de un plazo de tiempo que la Ley no concretaba[592].

Posteriormente la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 (Gaceta 8 de mayo de 1880) confirmó la pertenencia al Estado de "*todo lo que el mar arroje a la orilla y no tenga dueño conocido*", sin perjuicio de eventuales reclamaciones de tercero, ante las que respondería la Hacienda Pública (art. 5)[593]. La regla de la atribución al Estado pasa finalmente a la, aún en vigor, Ley 60/1962, de 24 de diciembre, de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas. Esta norma tiene la particularidad de referirse expresamente a los objetos históricos y artísticos en una de sus disposiciones, en un esfuerzo de articulación con la legislación cultural que, sin embargo, resulta más problemático que clarificador.

---

[592] En todo caso, los buques, mercancías y demás efectos arrojados por el mar quedaban en todo caso a disposición del Estado, que se hace responsable ante las reclamaciones de tercero y de los premios a quienes contribuyeran al salvamento (art. 7 Ley de Mostrencos). En este sentido, la expresión serán "*ocupados a nombre del Estado*", no indicaría una adquisición inmediata desde el momento del hallazgo o rescate de los bienes, sino a la posesión o custodia por el Estado en tanto se cumple el tiempo prescrito por las leyes para entender que carecen de dueño.

[593] Existen preceptos concordantes al artículo 5 de la Ley de Puertos de 1880 en el Decreto-Ley de 19 de enero de 1928, que la derogaba, así como en el Decreto-Ley de 17 de junio de 1929. En este último se precisó que quedaban fuera de la atribución al Estado "*los productos de la misma mar*".

Según la Ley 60/1962, los buques o restos de buques hundidos pasan a pertenecer al Estado a los tres años del hundimiento (art. 29.a), por prescripción de los derechos de los propietarios. Si en el transcurso de estos tres años no se procede a recuperar el barco o sus mercancías, las autoridades podrán disponer su extracción o aprovechamiento directo o bien su concesión a un particular previo concurso-subasta (arts. 26-28, 54-62). La ley se cuida de excluir de la libre disposición por el concesionario "*las cosas de valor arqueológico y artístico*", que quedarán sujetas a las normas especiales que regulen la materia o que se establezcan en el contrato (art. 59). Es una remisión que sorprende en tanto, como se ha indicado, ni la Ley de Excavaciones ni la Ley del Tesoro Artístico Nacional contemplaban expresamente los hallazgos en el mar. En buena lógica, la previsión de la Ley 60/1962 significaba que la extracción de ese tipo de restos se sujetara a la autorización de la administración cultural. Pero, paradójicamente, conducía también a la apropiación privada de unos bienes que, de no existir tal remisión, se atribuirían al Estado, puesto que la apropiación por el explorador o, en su caso, por el descubridor fortuito era la solución adoptada en la Ley del Tesoro Artístico Nacional[594].

La Ley 60/1962 contempla también el descubrimiento de cosas abandonadas en la mar, arrojadas a la costa o la extracción casual de cosas hundidas. Se trata de un supuesto de hecho diferente a la extracción de restos de naufragios ocurridos en fecha determinada. A diferencia de estos, en los hallazgos fortuitos de cosas hundidas o

[594] Desde la perspectiva de la vigencia del principio de ocupación, señala esta paradoja J. L. MOREU BALLONGA y propone una interpretación superadora en "Los hallazgos interesantes…", cit., págs. 945-946.

arrojadas por el mar a la costa no es posible conocer la titularidad originaria y si, en su caso, el Estado ha adquirido la propiedad por el transcurso de tres años desde el hundimiento[595]. De ahí que se arbitre un régimen de publicidad, que varía en función del valor en que se tasen los bienes descubiertos, y se conceda un plazo de seis meses para que comparezca el propietario (arts.19, 20, 47-50). Transcurrido ese tiempo, si el valor de los efectos no excede de las diez mil pesetas, se entregan al hallador; en otro caso, se atribuyen al Estado que, con parte de lo obtenido en la subasta, abonará un premio al hallador[596]. Es lógico pensar que, como se prevé para la extracción, cuando el hallazgo recayera sobre cosas de valor cultural, la Ley del Tesoro Artístico Nacional fuera de aplicación preferente. Sin embargo, la Ley 60/1962 excepciona del régimen de los hallazgos "*las cosas que, por su naturaleza o por preceptos legales, estén exceptuadas del libre comercio, las cuales se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia*" (art. 22. Tercero), excepción que, en rigor, no era aplicable a los hallazgos arqueológicos según la legislación cultural previa a la LPHE. Esta disparidad de criterio –que en las extracciones de objetos arqueológicos y artísticos se remita a la legislación especial y en los hallazgos fortuitos no se haga otro tanto- quizás podría explicarse por un defectuoso conocimiento de las soluciones arbitradas para los

---

[595] J. L. MOREU BALLONGA por el contrario ofrece otra interpretación y sitúa en la existencia o no de apoderamiento inmediato la diferencia entre los hallazgos y las extracciones; ob. cit., págs. 940-941.

[596] El proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008 avalaría la diferenciación entre extracciones y hallazgos que se defiende en estas páginas. Lo que la Ley 60/1962 regula como hallazgos, se consideran salvamentos en el Proyecto (art. 388.3), con la particularidad de que, al tratarse de la recuperación de bienes que se encuentran desposeídos y se desconoce su titularidad, se arbitra un régimen de publicidad análogo al actual (art. 398). V. *BOCG. Congreso de los Diputados,* IX Legislatura, Serie A, núm. 14-I, de 19 de diciembre de 2008.

hallazgos culturales en la legislación cultural preconstitucional, ya que la impresión que generan las excepciones de los artículos 22. Tercero y 59 para los hallazgos y las extracciones respectivamente es que, en ambos casos, el legislador estaba en la idea de que los bienes arqueológicos y artísticos descubiertos se atribuían a la administración y quedaban fuera del comercio.

2.4. Recapitulación

El régimen de los hallazgos de bienes muebles arqueológicos o, más ampliamente, de bienes integrantes del Patrimonio Cultural, ha estado caracterizado históricamente por la confusión e inseguridad jurídicas. Avalada por una larga tradición que se remonta al Derecho romano y al *ius commune*, la figura del tesoro, que parecía condenada a la obsolescencia por el abandono de la práctica que explica su origen –el ocultamiento de riquezas-, encontró un revulsivo desde fines del siglo XVIII en el auge de los estudios anticuaristas, antecedentes de la moderna Arqueología. De este modo, se revalorizaron una gran cantidad de restos mobiliarios de la antigüedad que, con independencia de su valor material intrínseco, pasaron a tener la condición de tesoros. El Código Civil consagró la aplicación del tesoro a los hallazgos de este tipo de bienes al prever que el Estado pudiera adquirirlos mediante expropiación cuando fueran de interés para las ciencias o las artes. Sin embargo, el régimen civil de apropiación del tesoro no permite tutelar finalidades relacionadas con la investigación y conservación de este tipo de bienes, ya que se orienta funcionalmente a resolver el problema de reasignar una nueva titularidad a un bien que se reincorpora al tráfico jurídico a raíz de su descubrimiento. En ese

contexto, el sujeto principalmente favorecido es el dueño del terreno que ha acogido el tesoro y, en segundo término, el sujeto que con su acción fortuita lo devuelve al tráfico jurídico.

En paralelo con la consagración del régimen jurídico del tesoro en nuestro ordenamiento, comenzó a gestarse desde el Derecho Público un régimen específico de los hallazgos de bienes culturales orientado, en primer término, a estimular las actividades de exploración arqueológica y, posteriormente, a garantizar la accesibilidad en el estudio y disfrute de tales bienes por los estudiosos y el público en general. Se consagra por regla general la apropiación privada aunque orientada a premiar a los exploradores que pusieran en conocimiento de las autoridades sus hallazgos y posteriormente, con el desarrollo de la administración cultural, siguieran en sus exploraciones una metodología científica, bajo supervisión administrativa y mediando la oportuna autorización. Sin perjuicio de esta orientación, se multiplican las disposiciones dirigidas a favorecer la atribución pública de bienes arqueológicos: así, pasan al patrimonio público los hallazgos en los que no hubiera mediado un esfuerzo investigador digno de premio –por tratarse de un descubrimiento casual o por ser fruto de exploraciones no autorizadas-; los descubrimientos efectuados por exploradores extranjeros, para evitar la salida definitiva de los bienes de nuestro país, o los bienes cuya tenencia se hubiera ocultado a las autoridades. Pese a los esfuerzos reguladores, esta normativa especial ha sido poco y mal conocida, lo que se ha saldado en una aplicación muy limitada. El fracaso de la legislación especial en este campo no se explica sólo por la ausencia de una organización administrativa con la entidad suficiente para hacer efectiva su aplicación: también la escasa calidad técnica y la falta de claridad de la regulación – que se

trasluce en las propias remisiones que efectúan otras leyes administrativas- lastraron su eficacia por contraste con la simplicidad y coherencia de las soluciones civiles. La vigencia real de la normativa administrativa se ha visto además perjudicada por la inexistencia de un precepto que delimitara su ámbito objetivo respecto al régimen civil y desplazara expresamente la aplicación de este último.

Estos problemas no se plantearon, en cambio, en el tratamiento concedido a los hallazgos de bienes inmuebles, donde la legislación especial administrativa consagró la apropiación de los restos inmobiliarios por el propietario del fundo en el que se ubican, confirmando de este modo la solución del Código Civil.

3. LA CONSAGRACIÓN DE UN DOMINIO PÚBLICO SOBRE LOS HALLAZGOS DE BIENES CULTURALES

Las determinaciones de la Constitución Española en materia de Patrimonio Cultural constituyen un refuerzo sustancial de la necesidad de disciplina administrativa de los hallazgos de bienes culturales, en la línea marcada por la Ley de Antigüedades de 1911. La legislación postconstitucional, sin embargo, no se limita a consolidar el desplazamiento del régimen civil de apropiación sino que da un paso más. Con carácter general, pone fin a la apropiación privada de los bienes arqueológicos al crear un nuevo dominio público constituido por los objetos y restos materiales de carácter histórico- o, más ampliamente, cultural- que se descubran en lo sucesivo. El recurso a la técnica del dominio público por el artículo 44 LPHE da cuenta de la honda preocupación del legislador español por los crónicos problemas de expolio del Patrimonio Arqueológico español. Para poner coto a una situación extrema, se recurre a una herramienta extrema que, más que en las finalidades clásicas a las que aparece vinculada en el Código Civil –el uso público, el servicio público y el fomento de la riqueza nacional- encuentra su justificación en el artículo 46 CE como principio rector de la política social y económica y en la definición teleológica de la competencia del Estado que efectúa el artículo 149.1.28ª CE. En este sentido, puede decirse, que el dominio público del artículo 44 LPHE responde esencialmente a la voluntad de defender el Patrimonio Arqueológico del expolio y de la exportación.

La medida no está exenta de problemas en su configuración legislativa, problemas que afectan al propio alcance de la medida, a la articulación de la legislación estatal y la autonómica, o que derivan de la parquedad de las determinaciones normativas sobre su gestión,

ayuna de principios orientadores y determinaciones procedimentales que embriden una actuación administrativa de gran incidencia en la esfera patrimonial de los ciudadanos. Se exponen a continuación las notas que definen el dominio público creado en la LPHE, dejando conscientemente para el capítulo dedicado a la policía de las actividades de investigación arqueológica el régimen de los hallazgos casuales, por no estar estrictamente vinculado a la naturaleza jurídica de los bienes descubiertos. Antes de abordar el análisis de la regulación vigente, se ha de hacer referencia a las soluciones que previó el proyecto de ley de defensa del Patrimonio Histórico-Artístico Español elaborado durante la primera legislatura postconstitucional. En este sentido, el proyecto anticipaba la exclusión de la apropiación privada de los hallazgos de bienes culturales, aunque en términos menos absolutos a los finalmente recogidos en la LPHE. A continuación, se exponen sumariamente las líneas maestras de aquel proyecto, en el que asimismo se manifiestan algunos de los problemas e imprecisiones presentes en el régimen jurídico vigente.

3.1. El antecedente del proyecto de ley de defensa del Patrimonio Histórico-Artístico Español de 1981

El proyecto de ley de 1981 sobre defensa del Patrimonio Histórico-Artístico, Español[597] se ocupaba del régimen jurídico de los hallazgos arqueológicos en el Capítulo II del Título V. Se situaba, por tanto, entre las determinaciones de aplicación a todo el territorio

[597] BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 207-I, de 14 de septiembre de 1981.

nacional, según el artículo 5.2 del proyecto, con base en los artículos 149.1.1. y 149.1.28 CE y sin perjuicio de su desarrollo y ejecución por las Comunidades Autónomas en virtud de las competencias asumidas estatutariamente. No obstante, la regulación estatal en materia de hallazgos encuentra su justificación principal en la competencia sobre legislación civil, aunque se cite expresamente este título. Así, el capítulo se iniciaba con la afirmación de que los artículos 351 y 352 del Código Civil no se aplicarían a los hallazgos de "*antigüedades y objetos de interés cultural de más de cien años de antigüedad*" (art. 50). En su lugar se declaraba la propiedad del Estado sobre "*todos los objetos y restos materiales de interés cultural que posean más de cien años de antigüedad, descubiertos casualmente o como consecuencia de excavaciones, exploraciones, prospecciones u obras de cualquier índole en el suelo y subsuelo o bajo las aguas*" (art. 51). Esta atribución, no obstante, no tenía carácter absoluto ya que permitía que el Estado pudiera renunciar a dicha propiedad en favor del descubridor si en un determinado plazo desde que le fuera notificado el hallazgo, no recababa su titularidad –en rigor, su posesión, ya que la propiedad se atribuía *ex lege*- sobre los bienes descubiertos (art. 53.3).

Del régimen proyectado podían sintetizarse las siguientes notas. En primer término, explicitaba la voluntad de extraer los hallazgos de bienes culturales de la órbita del régimen civil del tesoro, aunque limitando el alcance de esta declaración a los hallazgos de antigüedad superior al siglo. El régimen civil no quedaba formalmente derogado, sino que su ámbito objetivo se acotaba a los hallazgos mobiliarios de menos de cien años,

seguramente en la presunción de su escaso o nulo interés arqueológico o histórico[598]. No obstante, como se apuntó al tratar el artículo 40 de la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933, confinar el tesoro a hallazgos de antigüedad tan reciente equivale a la desaparición práctica de la figura, ya que la inhallabilidad del dueño del depósito – elemento integrante del concepto de tesoro- sería difícil de sostener en hallazgos de apariencia reciente. En su lugar, se acudiría al régimen de publicidad de los hallazgos corrientes que arbitra el artículo 615 del Código Civil. Ciertamente el proyecto de ley no impide la posibilidad de aplicación del tesoro a hallazgos de bienes de más de cien años de antigüedad desprovistos de interés cultural. Sin embargo, no parece que de esta interpretación pudiera derivarse un ámbito significativo para la operatividad del tesoro. A la vista de la amplitud del concepto de Patrimonio Histórico-Artístico, según el artículo 1 del proyecto, es difícil imaginar el hallazgo de un bien de más de cien años que no incorpore algún tipo de interés cultural o histórico y que, en definitiva, no quedara sustraído al régimen civil. En los supuestos de escasa entidad cultural debía operar la facultad reconocida al Estado para renunciar a la titularidad de los hallazgos en favor del descubridor. El propósito del proyecto sería, en ese caso, administrativizar por completo el régimen de todos los hallazgos de bienes de más de cien años de antigüedad, sin que el juicio sobre la escasa relevancia cultural de los bienes descubiertos trajera como consecuencia la reconducción del hallazgo al régimen del tesoro.

---

[598] V. J. A. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico*…,cit., tomo II, pág. 384.

En segundo término, la atribución de los bienes descubiertos al Estado no se efectuaba con carácter de dominio público. No obstante, para eludir los riesgos de la adquisición por el transcurso del tiempo de un hallazgo no notificado a la Administración se declaraba el carácter imprescriptible de los bienes descubiertos y no comunicados (art. 52.2).

El régimen se completaba con la previsión de un premio en metálico, cualquiera que fuera la modalidad del descubrimiento, tanto a favor del descubridor "*como, en su caso, del titular del terreno*" por la mitad del valor en tasación del bien descubierto, cuyo importe habría de repartirse por mitad entre ambos (art. 51.2). Su cobro, en cualquier caso, quedaba sujeto al cumplimiento de los deberes de comunicación y a la custodia en depósito o entrega de los hallazgos a un museo público. La compartición del premio entre propietario del terreno y descubridor sin duda evocaba la partición adrianea del tesoro. Pero a diferencia de ésta, ni el montante del premio en el proyecto era equivalente a la integridad del valor ni se limitaba a los descubrimientos casuales, por lo que difícilmente puede entenderse como una traslación de los principios que inspiran el régimen del tesoro ni admitía una interpretación de acuerdo con claves civilísticas[599]. La participación del *dominus loci* en el premio resultaba escasamente justificada al no estar, en principio, vinculado por los deberes de comunicación, custodia y entrega del hallazgo[600], deberes cuyo destinatario era -al menos en la letra del proyecto-

---

[599]Cfr. J. L. MOREU BALLONGA: "Sobre la anunciada reforma de los hallazgos de interés histórico-artístico", cit., pág. 262-268.

[600] V. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, pág. 385.

exclusivamente el descubridor. A esta incoherencia se sumaba el hecho de que, si el Estado renunciaba a reclamar la posesión del bien en el plazo establecido, ésta recaía íntegramente en el descubridor, sin que se previera en tal supuesto participación alguna del dueño del terreno[601]. La redacción del proyecto, en cualquier caso, no llegaba a explicitar en qué casos y bajo qué condiciones el *dominus loci* podía hacerse acreedor del premio.

Otra cuestión que carecía de una respuesta inequívoca en el proyecto era el tratamiento de los hallazgos de bienes inmuebles. El hallazgo de estructuras inmobiliarias en el curso de una obra o de un derribo habilitaba a la administración para ordenar la suspensión de las obras y a establecer un plan de excavaciones (art. 53.b), pero el reconocimiento de esta potestad no explica la apropiación por el Estado de los restos descubiertos[602]. La referencia a "*objetos y restos materiales*" en principio sí ampararía la inclusión de hallazgos inmobiliarios. A ello se sumaba que sólo quedaban excepcionados de la apropiación pública los "*objetos que formen parte de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Inventario del Patrimoio Histórico-Artístico Español o declarado Monumento Histórico-Artístico cuando el propietario lo restaure íntegramente a su costa, cumpliendo los requisitos exigidos en la presente ley* […]" (art. 52.3). Es decir, se excluían inmuebles por incorporación, unidos a otros inmuebles emergidos, cuando se dieran ciertos requisitos. A *sensu contrario,* cabía entender que el resto de hallazgos inmobiliarios quedaban

---

[601] ALEGRE ÁVILA sugirió que el abono del premio al propietario en tal caso habría de corresponder al descubridor, *ibidem*, pág. 398.

[602] Contra J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, ibídem,* 400.

afectados por el régimen de atribución pública. En contra de esta conclusión pueden actuar la falta de alguna declaración que, de manera análoga a cómo se hacía con el tesoro, excluyera la aplicación del artículo 350 del Código Civil. En general, el grueso de la regulación sólo tenía en cuenta los hallazgos de bienes muebles: a ellos se referían la previsión del premio, el deber de comunicación, el depósito y el deber de entrega de los bienes descubiertos –tratándose de inmuebles, no podría ser de otro modo-. Importa llamar la atención sobre estas imprecisiones ya que habrían de pasar a la LPHE, planteando idénticas dudas.

3.2. El dominio público de los hallazgos de bienes culturales

El artículo 44.1 LPHE establece que "*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*". La regulación de la LPHE es muy parca: se limita a establecer los deberes de comunicación y entrega del descubridor (art. 44.1 y 2); la regulación del premio al descubridor y al propietario del lugar en que se produzca el hallazgo (art. 44.3 y 4), en los casos de descubrimiento casual y condicionado al cumplimiento de los deberes; y, finalmente, se dispone que queden excluidas de las determinaciones del artículo el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de inmuebles incluidos en el Registro de Bienes de Interés Cultural (art. 44.5).

Como hemos visto en las páginas anteriores, desde 1911 se contemplaba la policía administrativa de las actividades

arqueológicas. Por tanto, el sometimiento de las mismas a autorización administrativa, que mantiene la LPHE (art. 43) ni constituye propiamente una novedad –salvo la relativa a la previsión de nuevas actividades sometidas a licencia- ni deriva necesariamente de la condición de dominio público de los bienes. Puede decirse, por tanto, que el régimen de los hallazgos arqueológicos, o más específicamente, la demanialización de los objetos y restos descubiertos constituye la aportación más incisiva de la LPHE. Ciertamente, la Ley de Excavaciones de 1911 ya apuntaba en esa dirección, en particular, cuando atribuía al Estado la propiedad de las antigüedades descubiertas casualmente. También, la propia redacción evocaba la idea de un dominio eminente del Estado sobre los bienes descubiertos, en virtud del cual *concedía* la propiedad de los mismos a los descubridores autorizados. En cualquier caso, la LPHE va mucho más allá al poner fin a la apropiación privada de las riquezas arqueológicas que consagrara la Ley de Excavaciones de 1911 y confirmara la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933 y atraer por primera vez el régimen del dominio público a esta materia. Pese a su contundencia, la disposición gozó de un consenso general durante su tramitación parlamentaria, sin que se opusieran objeciones sustanciales[603].

El llamado dominio público arqueológico presenta unos perfiles específicos en cuanto a los criterios de individualización que

---

[603] Las enmiendas más importantes afectaban a la antigüedad o características de los bienes afectados por la medida o a la configuración del premio; v. respectivamente, la Enmienda 109 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y la enmienda núm. 23 del Grupo Parlamentario Cataluña al Senado, *BOCG. Senado,* Serie II, núm. 241-C, 15 de abril de 1985, pág. 38.

lo singularizan frente a otras categorías de bienes demaniales. De una parte, se trata de bienes cualificados por la posesión de una serie de características intrínsecas o previas a la acción administrativa, características que se resumirían en la idea del interés cultural. Esta nota determina que se aproximen a la categoría del dominio público natural. Pero, frente a éstos, no todos los bienes poseedores de los valores a los que remite el artículo 44 LPHE se encuentran sometidos a un mismo régimen en cuanto a la titularidad, sino que el citado precepto acota temporalmente la eficacia de la demanialización: serán bienes de dominio público aquéllos que, poseyendo los valores propios del Patrimonio Histórico Español, *sean descubiertos*. Esto es, se trata de una medida *pro futuro,* a partir de la entrada en vigor de la ley.

Se trata de la demanialización de un *género de bienes* definido no sólo por sus cualidades sino también por la fecha de su descubrimiento. La delimitación del elemento objetivo del dominio público creado en la LPHE exige por tanto la concurrencia simultánea de un requisito cualitativo –la presencia o no de un interés cultural- y de un requisito cronológico. A estos dos requisitos, explicitados en el artículo 44.1 LPHE, habría que añadir otro que puede considerarse en cierta medida implícito y que resulta imprescindible para la viabilidad constitucional de la operación. Se trata de la necesidad de que los bienes que ingresan en el dominio público carezcan de dueño –o, al menos, que no conste su legítima pertenencia- al momento de su descubrimiento. Asimismo, las conexiones que pudieran establecerse entre el artículo 44 LPHE y el artículo 40 LPHE obligan a hacer alguna consideración sobre el alcance geográfico de la medida, para ajustar al Derecho

internacional del mar y, específicamente, a la Convención UNESCO sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

La regulación de este dominio público presenta otra importante singularidad: el deliberado silencio que guarda la LPHE en cuanto a la titularidad de los bienes descubiertos. Esta será la primera cuestión a tratar, para intentar clarificar los ámbitos respectivos de actuación que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas en la configuración jurídica del dominio público de los hallazgos de bienes culturales.

3.2.1. Estado y Comunidades autónomas en la regulación del dominio público de los hallazgos culturales: demanialización, titularidad y régimen jurídico

Al trazar la distribución de competencias sobre Patrimonio Histórico se señaló como una de las razones que explican las dificultades de articulación entre la legislación del Estado y la legislación autonómica sobrevenida en materia de Patrimonio Cultural el hecho de que la LPHE realice una invocación inespecífica de títulos competenciales, sin concretar la vinculación de los mismos a los diversos contenidos que acoge la ley estatal. Las dudas sobre el ámbito o materias que lícitamente podían ser objeto de regulación autonómica no se resuelven en la STC 17/1991 que, como sabemos, salvó con carácter general la constitucionalidad de la LPHE y realizó tan sólo algunos ajustes en el alcance de las competencias ejecutivas estatales. Posteriormente, la indiferencia manifestada por el Estado ante el ejercicio de las competencias legislativas autonómicas ha consolidado un panorama normativo caracterizado por la inmediatez en la aplicación de las leyes autonómicas y la inseguridad sobre el

papel que corresponde otorgar a la LPHE y su vigencia práctica. La regulación del dominio público de los hallazgos arqueológicos es terreno especialmente abonado para la inseguridad, ya que concurren un régimen en la LPHE, que deja numerosos flecos sueltos, y desarrollos normativos autonómicos no siempre coincidentes con las disposiciones de la ley estatal.

La primera cuestión que se plantea es la determinación del suelo competencial sobre el que se asienta una disposición como la contenida en el artículo 44.1 LPHE. El artículo 149.1.28ª CE ofrece una justificación teleológica a la decisión estatal de demanializar los hallazgos de bienes culturales. La exclusión de una serie de bienes del tráfico jurídico privado tiene por finalidad desincentivar las búsquedas clandestinas que nutren el comercio ilícito de antigüedades, raíz tradicional de la expoliación, en sentido estricto, del Patrimonio Cultural. La medida suprime los límites que imponen los plazos de prescripción al ejercicio de acciones de recuperación de los bienes ilícitamente apropiados. A su vez, contribuye a la lucha contra la exportación ilícita, en una época en que de manera creciente el Derecho internacional se muestra sensible al reconocimiento de amplios plazos para el ejercicio de las acciones de restitución. Pero, como se expuso, el artículo 149.1.28ª CE - en particular, en su vertiente de defensa frente a la expoliación- no permite trazar una frontera precisa sobre las disposiciones que corresponde adoptar al Estado o a las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus respectivas competencias. De ahí que el análisis competencial no debe realizarse desde una perspectiva sectorial, sino desde la regulación de los bienes públicos.

El artículo 44.1 LPHE acota en abstracto un conjunto de bienes que ingresan a raíz de su descubrimiento en el dominio público por la posesión de valores que son propios del Patrimonio Histórico Español. El artículo 44.1 LPHE remite a la enumeración de intereses que realiza el artículo 1.2 LPHE: el dominio público se integraría por objetos y restos materiales que posean interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico, técnico, documental o antropológico. La afectación se produciría por ministerio de la ley, sin necesidad, por tanto, de intermediación administrativa. Se trataría de un supuesto clásico de afectación legislativa de un género de bienes al dominio público, lo que ha conducido al análisis de la disposición tomando como referencia la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a la demanialización de las aguas subterráneas realizada por la Ley 29/1985[604]. La STC 227/1988, de 29 de noviembre, afirmó la competencia exclusiva del Estado para integrar en el dominio público géneros de bienes por vía legislativa[605]. En primer término, el artículo 132.2 CE, al remitir a la ley la determinación de los bienes que integran el dominio público estatal y declarar, en todo caso, como parte del mismo el dominio público marítimo terrestre, ofrecería, a juicio del Alto Tribunal, una directriz sobre el tipo de bienes llamados a ingresar en el mismo: categorías o géneros enteros de bienes definidos por características físicas o naturales

[604] V. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, págs.. 352-356; también en "El Patrimonio Arqueológico: aspectos de su régimen jurídico", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm.1, 1997, pág. 121, y "Patrimonio Histórico, cultura y Estado autonómico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, pág. 162.

[605] Fundamento Jurídico 14.º

homogéneas. La afectación en estos casos se justificaría en la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como la expresada en el artículo 45 CE, por oposición a las afectaciones singulares de bienes, vinculadas a la prestación de un servicio público. Un segundo argumento atiende al efecto de la demanialización, la exclusión de un género de bienes del tráfico jurídico, con ella se traza una frontera de alcance general entre los bienes susceptibles de apropiación y los que quedan fuera del tráfico jurídico privado. Según el Tribunal Constitucional, constituye una manifestación de legislación civil en sentido material, competencia estatal en virtud del artículo 149.1.8 CE. Atañe igualmente a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos en el ejercicio del derecho de propiedad, lo que suministra otro apoyo a la competencia estatal con base en el artículo 149.1.1 CE[606].

La demanialización de los hallazgos culturales presenta, no obstante, algunas particularidades que matizan la proyección de la doctrina de la STC 227/1988 a este supuesto. El Tribunal Constitucional emplea en primer término un razonamiento que parte del dato previo de la titularidad estatal de cierto tipo de dominio público *ex constitutione* para justificar la competencia del Estado en la demanialización. En este sentido apunta al carácter natural y de recurso unitario del dominio público marítimo-terrestre del artículo 132.2 CE como directriz que ha de orientar al legislador estatal para la extensión del dominio público a otras categorías de bienes. Los objetos y restos materiales poseedores de interés cultural, obvio es decirlo, ni constituyen bienes definidos por sus características

[606] Esta doctrina se reitera en las SSTC 17/1990, de 7 de febrero y 46/1990, de 15 de marzo, también en materia de aguas.

naturales ni un recurso unitario que requiera imperativamente de una gestión centralizada.

Ciertamente, los bienes contemplados en el artículo 44.1 LPHE, aunque no constituyan creaciones de la naturaleza –con la salvedad, de los bienes paleontológicos[607]-, comparten con el denominado dominio público natural su definición por referencia a unas características o notas presentes en estos bienes antes de su consideración legislativa[608]. Sin embargo, la apreciación de las características que el artículo 44.1 LPHE contempla en abstracto presenta un alto grado valorativo, por comparación con los bienes naturales objeto de demanialización. Dicha apreciación se produce frecuentemente diferida en el tiempo respecto al momento de producción del bien. Esta particularidad resulta especialmente evidente en el caso de los bienes de carácter etnográfico, antropológico o arqueológico: de ellos se predica hoy su interés cultural, pero no fueron concebidos con el ánimo de constituir objetos de cultura –a diferencia, por ejemplo, de los bienes artísticos,

---

[607] V. Capítulo II, epígrafe 3.2.2.

[608] En esta particularidad reside la diferencia esencial entre el dominio público natural y otros bienes de dominio público que también son contemplados por la ley de manera genérica, por referencia a características unitarias. Así las carreteras o las vías férreas son también bienes de dominio público definidos legislativamente; no obstante, en ellos, la demanialidad deriva de haber sido creados conforme a las características físicas o técnicas especificadas por el ordenamiento jurídico, de manera que "*exprese la significación de interés público que justifica su carácter demanial*", v. J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ: "El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas" en VV. AA (coord. M. J. MONTORO CHINER): *Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio,* Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 48. En este tipo de bienes de dominio público la ley antecede y condiciona la creación del bien, en tanto que en el dominio público natural la ley toma en consideración las características poseídas por los bienes en su estado natural.

que incorporarían conscientemente esta pretensión desde su origen-, por el contrario, el aprecio o valorización cultural de los mismos ha sobrevenido merced al desarrollo posterior de diversas disciplinas o ramas del conocimiento que han detectado en tales bienes un carácter testimonial, ilustrativo o ejemplificador de la civilización humana. La acción del hombre, que dota de carácter cultural a los bienes, está presente por tanto en dos momentos: el de la creación del bien, pues no son bienes de la naturaleza, y el de la valoración o apreciación del interés cultural. Precisamente, la menor "ostensibilidad" del dominio público del artículo 44.1 LPHE por comparación a los recursos naturales que integran el dominio público relativiza en cierto sentido la declaración legislativa, ya que, aunque no se llegue a explicitar en la legislación cultural, requiere necesariamente de una actividad administrativa que acote la realidad material sobre la que se proyecta la declaración del artículo 44.1 LPHE. Esta actividad, merced a la distribución de competencias de gestión del Patrimonio Cultural, se residencia primariamente en las Comunidades Autónomas. En este sentido, tampoco puede proyectarse al análisis competencial del artículo 44.1 LPHE la reflexión que realiza la STC 227/1988 por la cual vincula el carácter unitario del recurso natural demanializado a una gestión integrada o unitaria del mismo, que justifica la titularidad estatal y, como presupuesto lógico, la competencia del Estado para la declaración de dominio público. Y ello no sólo porque los hallazgos culturales no constituyan un recurso unitario, sino porque la propia LPHE ha renunciado tanto a explicitar la titularidad del dominio público del artículo 44.1 como a regular potestades de defensa o de gestión atribuidas al Estado en virtud de su titularidad sobre tales bienes.

La segunda línea de argumentos empleada en la STC 227/1988, centrada en el efecto de la demanialización, también requiere de algún matiz en su proyección al artículo 44.1 LPHE. La demanialización de géneros de bienes, definida por el Tribunal Constitucional como *summa divisio* entre bienes susceptibles de propiedad privada y bienes no apropiables, límite objetivo esencial al ejercicio del derecho de propiedad, tropieza en nuestro supuesto con la constatación de la existencia de bienes de análogas características a los descritos en el artículo 44.1 LPHE que se encuentran en manos privadas. Es precisamente sobre los bienes culturales privados sobre los que se proyecta en esencia la LPHE y la legislación autonómica que, ya sea desde la asunción de la teoría de los bienes culturales de GIANNINI, ya desde la teoría de la función social como delimitadora del contenido de la propiedad estatutaria, se orientan a garantizar el destino de estos bienes como instrumentos de acceso a la cultura. De ahí que la escisión entre bienes privados y bienes de dominio público resulta en cierta medida difuminada en el caso de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico por su análoga funcionalidad[609].

---

[609] Traigo aquí unas palabras del ministro Solana, en la presentación del proyecto de ley ante el pleno del Congreso, que enfáticamente subrayan esta idea: "[…] *En consecuencia, el distintivo para esta clase de bienes no es su propiedad. Y me importa subrayar, señorías, este concepto "no es su propiedad", que la Ley ni determina, ni en principio cuestiona, sino su utilización. Lo que es primordial, señorías, es la función que tales bienes deben cumplir. El uso que la sociedad debe dar y su titularidad sólo deberá cuestionarse cuando tal uso no parezca el adecuado al interés cultural de un bien particular*", en *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados,* II Legislatura, núm. 123, del 17 de mayo de 1984, pág. 5628. En este sentido, la doctrina ha puesto de relieve la pérdida de trascendencia de la dicotomía entre bienes públicos y privados por la objetivación del régimen jurídico de los bienes en atención a su función social o a su peculiar vinculación a un servicio público, al margen del dato de su titularidad; v. J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ: "El estatuto jurídico de los bienes..." cit., págs. 48-52, sobre la noción de "cosa pública"; en el ámbito de los bienes ambientales o culturales lo han puesto de manifiesto M. DARNACULLETA GARDELLA, *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen jurídico del demanio natural,* Ed. Cedecs, Barcelona, 2000, pág. 150; y E. MOREU CARBONELL, "Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio

La existencia de bienes funcionalmente idénticos sometidos a regímenes patrimoniales tan diversos es consecuencia del carácter prospectivo de la disposición del artículo 44.1 LPHE: se proyecta exclusivamente sobre los bienes que, poseedores de un interés cultural, reingresan al tráfico jurídico *a raíz de su descubrimiento*. La gran diferencia entre las declaraciones de dominio público de la Ley de Aguas o de la Ley de Costas y la del artículo 44.1 LPHE reside, por tanto, en la voluntad legislativa de afectar o no a titularidades preexistentes. La LPHE renuncia a ello, lo que la exime de tener que contemplar soluciones compensatorias u otros mecanismos jurídicos para hacer viable desde el punto de vista constitucional una medida materialmente expropiatoria[610].

No obstante estas apreciaciones, no se puede negar que la disposición del artículo 44.1 LPHE se incluye dentro del concepto de legislación civil, no ya sólo en sentido material –como afirmaba la STC 227/1988-, también en sentido formal. El precepto hace expresa referencia al artículo 351 del Código Civil y redefine el ámbito objetivo de aplicación del régimen civil del tesoro impidiendo la

---

público a las "obligaciones de dominio público", *RAP,* núm. 161, 2003, págs. 468-472.

[610] La Ley de Aguas elude la previsión de una indemnización justificada en el carácter facultativo para el particular de las operaciones que traen consigo la transformación de los derechos privados sobre las aguas en derechos temporales de aprovechamiento y en concesiones administrativas, v. Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 29/1985, de 29 de noviembre y STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12º. La Ley de Costas, por su parte, convierte con coactivamente las titularidades privadas en el dominio, reconocidas por sentencia judicial firme, en concesiones administrativas, estimando el Tribunal Constitucional suficiente a efectos indemnizatorios el valor económico de la concesión; v. Disposición Transitoria Primera Ley 22/1988, de 28 de julio y STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8º. B. a.

apropiación privada por esta vía de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Como veremos, no es sólo la regulación del tesoro la que queda afectada por la disposición del artículo 44.1 LPHE, sino, en general, todas las formas de apropiación privada de bienes que, poseyendo los valores del Patrimonio Histórico Español, tengan la consideración de *res nullius,* bienes abandonados o, más ampliamente, bienes cuya legítima pertenencia no conste. Es, por tanto, el artículo 149.1.8ª CE el que justifica la competencia estatal para dictar un precepto con el contenido y alcance del artículo 44.1 LPHE. La delimitación del ámbito de operatividad de los modos de adquisición de la propiedad contemplados en el Código Civil es un terreno vedado a la legislación autonómica.

No todas las Comunidades Autónomas han sido conscientes de esta limitación y se han aventurado a incluir en las leyes de Patrimonio Histórico o Cultural sus propias declaraciones de dominio público, con variada fortuna. Unas veces emplean una fórmula análoga a la de la LPHE y definen el dominio público por remisión a los valores que caracterizan el Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma[611]. En otras, la formulación se hace sólo por referencia al interés arqueológico y/o paleontológico de los bienes descubiertos[612]. Son escasas las leyes autonómicas que remiten en

---

[611] En este sentido pueden citarse la LPCAr (art. 69.1), LPHCEx (art. 55.4), LPCCyL (art. 59), LPCMu (art. 54.3), LPHA 2007 (art. 47.2)

[612] Es el caso de la LPCPV (art. 47.1, aunque posteriormente, al definir el ámbito de aplicación del régimen de los hallazgos casuales lo hace por referencia a los valores del Patrimonio Cultural Vasco, art. 48.1), LPCG (art. 56.1), LPHM (art. 43.1, aunque al ocuparse de la titularidad de tales bienes, art. 46.1, remite a la definición del art. 44.1 LPHE), LPCCant (art. 82.1), LPHB (art. 60.1, aunque como ocurre en la ley madrileña, incluye una referencia al art. 44.1 LPHE al tratar la

este punto estrictamente a la ley estatal[613]. Con carácter general, puede decirse que el carácter omnicomprensivo y globalizador que presenta la definición del Patrimonio Histórico Español que realiza el artículo 1.2 LPHE, presta en gran medida cobertura a las declaraciones de dominio público que, con pretensiones de ampliar la definición estatal -aunque sólo lo sean en apariencia-[614] contienen algunas leyes autonómicas y, en todo caso, obliga a reinterpretar algunas formulaciones que, por deficiente técnica, dejan *a priori* fuera del dominio público algún tipo de interés cultural[615]. La intervención

---

titularidad, art. 60.3), LPHCan (art. 61), LPCAs (art. 67.3 y 4), LPCHALR (art. 56.1), LFPCNa (art. 56).

[613] Así, la LPCCat, aunque con carácter general reclama para la administración autonómica la titularidad de los bienes descubiertos, remite al art. 44.1 LPHE en la definición del dominio público (art. 53). Por su parte, la LPHA 2007 establece que "[s]*on bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma de Andalucía todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Andaluz y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra, obras o actividades de cualquier índole o por azar, todo ello de acuerdo con la legislación del Estado*" (art. 47.2).

[614] Es ilustrativa de esa voluntad por "extender" el dominio público definido en la ley estatal la LPCVal. Tras declarar la titularidad autonómica sobre los bienes que, de acuerdo con el artículo 44 de LPHE, sean de dominio público y se descubran en la Comunidad Autónoma (art. 64.1), al ocuparse de los hallazgos casuales afirma que "*son asimismo bienes de dominio público los objetos y restos materiales que posean los valores propios del patrimonio cultural, así como los restos y vestigios fósiles de vertebrados, cuando sean producto de hallazgos casuales y no conste su legítima pertenencia*". El legislador parece incluir lo que, eventualmente, pudiera quedar fuera del artículo 44.1 LPHE, ya sea por remisión a los específicos intereses que contempla la ley autonómica, ya sea por la expresa referencia a los restos fósiles de vertebrados, pero la deficiente técnica empleada hace finalmente decir al artículo menos de lo que contempla la propia ley estatal. Siguiendo la redacción de la ley valenciana podríamos preguntarnos si acaso los bienes descubiertos portadores de valores del Patrimonio Cultural Valenciano sólo ingresan al dominio público si son hallados casualmente y no cuando son fruto de una búsqueda deliberada, autorizada o no, o si quedan deliberadamente fuera del dominio público restos fósiles de animales no vertebrados. Afortunadamente estas deficiencias se superan por remisión a lo dispuesto en el artículo 44.1 LPHE, que ampara todo tipo de hallazgos y, con carácter general, los restos paleontológicos.

[615] Así la LPHCan se refiere exclusivamente a "*objetos arqueológicos*" (art. 61). Más llamativo es el caso de la ley murciana, cuyo art. 54.3 afirma que "[s]*on*

legislativa de las Comunidades Autónomas en este punto resulta, en el mejor de los casos, superflua y, en la medida en que pretenda modificar el ámbito objetivo que la LPHE excluye del Código Civil, inconstitucional[616].

La regulación del dominio público de los hallazgos culturales por parte de las Comunidades Autónomas no se limita a la reiteración o reformulación de la medida dispuesta en el artículo 44.1 LPHE. Realmente el sentido de estas declaraciones, en bastantes de estas leyes autonómicas, es constituir una suerte de premisa lógica a partir de la cual explicitar la titularidad autonómica o, eventualmente, de otras administraciones de ámbito

---

bienes de dominio público los objetos y restos materiales y restos o vestigios fosilizados que posean los valores propios del patrimonio cultural y que sean descubiertos como consecuencia de actuaciones arqueológicas o paleontológicas, por azar o como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole hechas en lugares donde no pudiera presumirse la existencia de aquellos bienes". En este caso, el cómodo recurso –tan usual en nuestra legislación autonómica- de incorporar fragmentos o fórmulas de otras leyes autonómicas que fueron concebidos con una específica finalidad normativa se salda aquí paradójicamente dejando fuera del dominio público los hallazgos efectuados en lugares donde *sí* se presume la existencia de restos arqueológicos. Así, la mención a la presunción o no de restos arqueológicos en el lugar del descubrimiento, cumple en algunas leyes autonómicas la función de limitar el premio en los hallazgos casuales, negando explícitamente la condición casual a cualquier descubrimiento que tenga lugar en áreas de protección arqueológica previamente delimitadas o en zonas en las que, de cualquier otro modo, conste o se pueda presumir la existencia de restos arqueológicos.

[616] En este sentido, la STC 17/1990, de 7 de febrero, resuelve la impugnación de inconstitucionalidad contra el artículo 2.1 de Ley 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas de Canarias. En dicho artículo, se declaraba a la Comunidad Autónoma "*titular de los derechos y obligaciones, potestades y deberes que la legislación nacional reconoce al Estado respecto al dominio público hidráulico*". El Tribunal Constitucional rechaza que el precepto demanialice aguas globalmente consideradas, sino que opera a partir de la declaración que efectuara la Ley estatal 29/1985. No obstante, advierte el Tribunal que "*es evidente que si el art. 2.1, en conexión con el art. 1.1, ambos de la Ley que se impugna, hubieran procedido a declarar la demanialidad de unas aguas que la propia Ley estatal hubiera dejado al margen de tal declaración, necesariamente habría que concluir apreciando la inconstitucionalidad de dichos artículos por incompetencia de la C. A. C.*" (FJ 3º).

infraautonómico, sobre el dominio público que crea la ley estatal[617]. A su vez, la mayoría de las leyes autonómicas tratan aspectos del régimen jurídico de los hallazgos ya previstos en el artículo 44 LPHE. En menor medida, contienen referencias *ex novo* a las potestades para la investigación y recuperación de oficio de los bienes que integran el dominio público cultural. El análisis de estos desarrollos normativos autonómicos no puede realizarse, sin embargo, desde los argumentos que se expusieron para justificar la competencia estatal en la creación del dominio público de los hallazgos culturales.

La titularidad de los bienes descubiertos constituye un terreno abonado para la discusión en la medida en que, como se ha apuntado, la LPHE omite cualquier referencia al respecto. Inevitablemente se hace presente en este punto el debate más amplio sobre el sentido de la institución del dominio público en el contexto de un Estado descentralizado y, como piedra de toque, la cuestión de la titularidad y de las potestades que lleva aparejada[618]. Un sector

---

[617] Por orden cronológico, afirman expresamente la titularidad autonómica del dominio público, la LPCCat (art. 53), LPHM (art. 46.1), LPCVal (art. 64.1), LPCAr (art. 69.1), LPCHEx (art.55.4), LPCHALR (art. 56.1 por relación con la Exposición de Motivos), LPHA 2007 (art. 47.2). No obstante, la ley catalana contempla la particularidad de que los bienes descubiertos ingresen eventualmente en el patrimonio de otra administración, si asumiera el desembolso del premio en un hallazgo casual; sigue esta determinación la LPHM. Por su parte, la LPHB (art. 60.3) atribuye la titularidad a los consejos insulares, aunque incorpora también la previsión de la LPCCat.

[618] Son conocidas las posiciones en que se escinde la doctrina española respecto a la naturaleza jurídica del dominio público, debate reavivado por la consagración del dominio público en el artículo 132 CE en el momento en que se sentaban las bases para la descentralización territorial del Estado. De una parte están quienes conciben el dominio público como un tipo de propiedad cuyas especialidades derivan de la condición de poder público de su sujeto titular. Esta concepción, que trae causa de las tesis de HAURIOU introducidas en España por M. FERNÁNDEZ DE VELASCO, ha sido sostenida señaladamente por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, M. BALLBÉ PRUNES, A. GUAITA MARTORELL, E. RIVERO YSERN, F. SAINZ MORENO, A. SÁNCHEZ BLANCO, entre otros. Otro sector de

importante de la doctrina ha defendido el carácter estatal del dominio público de la LPHE, con apoyo, fundamentalmente, en la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en la STC 227/1988[619]. Ya señalamos que en la argumentación del Tribunal la competencia para demanializar y la titularidad del dominio público van de la mano, a partir de la redacción del artículo 132.2 CE[620]. Sin embargo, los bienes culturales no participan de las notas del dominio público natural, no constituyen un recurso unitario, que justifique la proyección del artículo 132.2 CE. Y, en cualquier caso, desde un punto de vista lógico la titularidad estatal de los bienes demaniales no es un efecto que derive necesariamente de la competencia del Estado para declarar el dominio público sobre géneros de bienes[621]. En especial si la titularidad se asocia a facultades reguladoras y gestoras plenamente reconducibles a una competencia sectorial asumida estatutariamente por las Comunidades Autónomas,

---

la doctrina, por el contrario, concibe la institución del dominio público como un título de intervención de las administraciones públicas. Destaca la formulación de J. L. VILLAR PALASÍ, seguido, entre otros, por A. GALLEGO ANABITARTE, R. PAREJO GAMIR y J. M. RODRÍGUEZ OLIVER, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, A. MENÉNDEZ REXACH o, limitado a los bienes de uso público, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA.

[619] Destaca la posición de J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, págs. 352-357. También, implícitamente, J. L ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español,* Ed. Civitas, Madrid, 1989, pág. 797, y F. BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, *El patrimonio cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales),* Ed. Comares, Granada, 1995, pág. 406.

[620] Fundamento Jurídico 14.º

[621] V. M. BELADIEZ ROJO, "Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas", en VV. AA. (coord. S. MARTÍN RETORTILLO), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría,* Tomo IV, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 3676; J. L. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes de dominio público,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 134-135; y M. DARNACULLETA i GARDELLA, *Recursos naturales y dominio público…cit.,* pág. 146.

facultades que se mueven en un espacio competencial diverso a aquel en el que se inscribe la operación de extraer genéricamente bienes del tráfico jurídico privado.

Es doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional que la titularidad de los bienes de dominio público no constituye un título competencial ni predetermina las competencias que se pueden ejercer sobre aquéllos[622]. Pero esta afirmación casa mal con la asunción implícita de un concepto funcional de dominio público que trasparenta la jurisprudencia del Constitucional, abocando a un conflicto de difícil solución con las competencias sectoriales autonómicas[623]. Se ha explicado el silencio sobre la titularidad del

---

[622] Sin ánimo exhaustivo, destacan, las SSTC 77/1984, de 3 de julio (FJ 3º), 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 14.º), 103/1989, de 8 de junio (FJ 6.ºa) y STC 1491/1991, de 4 de julio (FJ 1.º c).

[623] Es precisamente la STC 227/1988 uno de los pronunciamientos donde, de manera más evidente, se aprecia el manejo por el Tribunal Constitucional de un concepto funcional de dominio público cuando afirma "*la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo res extra commercium, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines*" (FJ 14.º). También está presente en la STC 149/1991, donde manifiesta el Tribunal "[u]*na vez instaurado el Estado de las autonomías, sin embargo, la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención administrativa se ve drásticamente limitada por el orden constitucional de competencias, y así como una Comunidad Autónoma no puede enajenar un bien inmueble de su exclusiva propiedad sin atenerse a las reglas estatales cuya observancia impone el art. 149.1.18 CE, las leyes estatales no pueden otorgar a la Administración del Estado atribuciones sobre actividades que se desenvuelven en el demanio natural sin respetar los ámbitos materiales que los Estatutos de Autonomía reservan a sus respectivas Administraciones*"(FJ 4.º A). En este sentido, M. DARNACULLETA GARDELLA ha subrayado la contradicción teórica entre la asunción de una tesis funcionalista del dominio público y la defensa del ejercicio en plano igualdad de competencias sectoriales autonómicas sobre el mismo, que se resuelve finalmente en que el Tribunal Constitucional asuma las consecuencias de la tesis funcionalista sólo cuando con ello no se vulneran competencias autonómicas, v. *Recursos naturales y dominio público,* cit., págs. 136-137, 142.

dominio público en la LPHE como expresivo de las dificultades para concretar un interés predominante en el ejercicio de competencias sobre estos bienes que justifique la atribución de titularidad[624]. La ley estatal elude la cuestión y adopta en su lugar una fórmula pragmática que pone el acento en el ejercicio de la competencia sectorial sobre el Patrimonio Cultural, recurre a la fórmula "*Administración competente*" (arts. 42, 43, 44 LPHE) para referirse a la instancia que, en cada caso, habrá de tomar las decisiones con incidencia sobre el dominio público. Esta fórmula abierta, dentro del esquema trazado por la LPHE y matizado por la STC 17/1991, las más de las veces remitirá a la administración autonómica y, ocasionalmente, a la estatal. En contraste con la legislación de costas o aguas, la LPHE omite la regulación de potestades cuyo ejercicio sobre el dominio público de los hallazgos arqueológicos se justifique en la titularidad. Es posible, no obstante, concebir la titularidad estatal sobre estos bienes como un "*nudo dominio*" que deje enteramente en manos de la Administración autonómica el uso y gestión de los bienes demaniales, una opción legislativa constitucionalmente posible según el Tribunal Constitucional[625], aunque cabe dudar de la utilidad práctica de este empeño argumentativo respecto al artículo 44.1 LPHE.

Desde la perspectiva autonómica, también plantea problemas la asunción de titularidad que realizan las leyes comunitarias[626].

---

[624] V. J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público,* cit., págs. 135, 165-168.

[625] STC 149/1991, Fundamento Jurídico 4º.A.

[626] Sostienen la licitud de esta operación F. SAINZ MORENO, "El régimen jurídico del patrimonio arqueológico", cit. pág. 40; J. BARCELONA LLOP, "El

Ciertamente, un concepto de titularidad del dominio público en sentido funcional, vinculada a las competencias sectoriales que prevalentemente se ejercen sobre estos bienes, justifica en mayor medida la titularidad de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la concreción de la titularidad sobre el dominio público de los hallazgos culturales que ha realizado la legislación autonómica presenta un marcado carácter *patrimonialista*, en el sentido privatístico del término. No es ajena a este sesgo la tendencia que se ha ido imponiendo en nuestro ordenamiento jurídico desde la legislación local, pasando por la legislación de los bienes autonómicos y que ha encontrado su consagración final en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. En ésta, el término *patrimonio* se emplea para designar la globalidad de bienes y derechos bajo la titularidad de una Administración pública, al margen de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre el ente público y el bien. En algunas leyes autonómicas, el sentido patrimonial en el tratamiento del dominio público de los hallazgos culturales llega al extremo de hacer ingresar los bienes en el patrimonio de la Administración Pública que, eventualmente, asuma el pago del premio en los hallazgos casuales[627].

La configuración en estos términos de la titularidad del dominio público –más allá de que pueda entenderse que traiciona el espíritu con que la LPHE aborda la cuestión- plantea algunas

---

dominio público arqueológico", *RAP*, núm. 151, 2000, págs. 143-145, y E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Patrimonio sumergido: claves de su régimen jurídico", cit., págs. 38-39.

[627] La LPCCat es la pionera en la introducción de esta previsión (art.53); le han seguido la LPHM (art.46.1) y la LPHB (art. 60.3).

disfuncionalidades e introduce rigideces que pueden hacer poco operativa la declaración. En primer término, se puede apuntar que el ingreso en el patrimonio de la Comunidad Autónoma con carácter de dominio público de todos los bienes que sean portadores de algún interés cultural que sean descubiertos en el territorio de una Comunidad Autónoma obvia la previsión del artículo 6.b) de la LPHE, según la cual la Administración del Estado sería competente respecto de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional. Al margen de las críticas que pueda suscitar esta previsión, su constitucionalidad fue sancionada por la STC 17/1991 y convierte a la Administración del Estado en administración competente en materia de cultura sobre bienes adscritos a su titularidad por razón del servicio y, eventualmente, en titular de los hallazgos que se produzcan al amparo de su competencia en la gestión de ese servicio. Este dato aboca bien a entender que se produce una fragmentación en la titularidad de estos bienes[628] o, en su caso, a considerar la titularidad autonómica como un nudo dominio en el que la gestión corresponde a la Administración del Estado. Otro supuesto en el que se cuestiona la titularidad autonómica es en los hallazgos que se producen *fuera del territorio* de la Comunidad Autónoma, si entendemos que éste no se extiende al mar territorial y, menos aún, a la plataforma continental adyacente al litoral[629]. Más trascendencia tiene el hecho

---

[628] Así lo entiende J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., pág. 145.

[629] Sobre la extensión de la competencias autonómicas al Patrimonio Arqueológico de los espacios marítimos, v. Capítulo II, epígrafe 3.2.5.2. Subraya la contradicción entre el límite territorial de las Comunidades Autónomas y el comportamiento de éstas como titulares del dominio público arqueológico ubicado

de que, al concebir la titularidad por relación a los bienes *que se descubran en el territorio de una determinada comunidad autónoma*, el ejercicio de potestades en orden a la recuperación de bienes expoliados queda sujeto a la acreditación del origen territorial de los restos. Salvo que la Administración fuera testigo *in situ* de la actividad de expolio, la prueba del origen de los bienes, una vez que han sido descontextualizados de su yacimiento, resulta muy difícil y abocará, en más de una ocasión, a un bloqueo en el ejercicio de la potestad de recuperación de tales bienes por la imposibilidad para determinar una administración *titular*[630].

De ahí que la asunción de titularidad sobre los hallazgos de bienes culturales que realizan las leyes autonómicas, aunque pueda resultar avalada por la competencia ordinaria de las Comunidades Autónomas en la protección del Patrimonio Cultural, no resuelve ningún problema sino que, más bien, los crea, al menos en el sentido

---

en esos espacios J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., págs. 146-150. Por su parte, J. M. ALEGRE ÁVILA defiende la titularidad estatal sobre los hallazgos en la plataforma continental y en el mar territorial en atención a la condición del Estado de titular de los espacios en los que se producen los hallazgos, en *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, pág. 348; el mismo criterio parece asumir E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en "Patrimonio sumergido: claves de su régimen jurídico", cit., pág. 39. En cualquier caso, han de tenerse presente las dificultades para considerar incluidos en el dominio público que instituye la LPHE los hallazgos realizados fuera del mar territorial y zona contigua, al respecto v. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.4.

[630] Ilustra este problema la STSJ Aragón, de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005/198279), en el que pese a la existencia de una previa sentencia penal por el uso de detectores de metales a los detentadores de una serie de bienes de interés arqueológicos, el tribunal rechaza la recuperación de oficio de los bienes al amparo de la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma, por la falta de prueba de que los bienes en cuestión proceden del territorio aragonés. Concurre con este obstáculo otro de alcance general: la acreditación de la fecha en que los bienes fueron ilícitamente extraídos, ya que la fecha de descubrimiento determina el ingreso de los bienes en el dominio público; v. al respecto Capítulo III, epígrafe 3.2.2.3.1.

patrimonialista en que la titularidad es asumida. Parecen, por ello, más razonables aquellos planteamientos que cuestionan la esencialidad del elemento subjetivo en la configuración dogmática del dominio público[631], tal como se desprende de la propia literalidad del artículo 44 LPHE.

Por lo demás, la regulación que efectúan las leyes autonómicas de otras cuestiones atinentes al régimen de los hallazgos y de los bienes descubiertos no plantea, en términos generales, dudas desde el punto de vista competencial. Corresponde a la legislación estatal apartar un género de bienes del tráfico jurídico privado y al legislador autonómico arbitrar las disposiciones que se orientan a la protección de esos bienes en razón de su pertenencia al Patrimonio Cultural, con las salvedades que imponga la competencia estatal de defensa frente a la expoliación y la exportación. Sin perjuicio de un tratamiento más amplio llegado el momento, puede ahora adelantarse que la previsión por el artículo 44.3 LPHE de un premio en favor de descubridor y *dominus loci* en los hallazgos casuales no se inscribe dentro de la competencia estatal sobre la legislación civil sino que se trata de una norma de naturaleza administrativa ordenada a estimular la comunicación de este tipo de descubrimientos a las administraciones. Es, por tanto, una medida enderezada a la protección del Patrimonio Cultural que puede ser objeto de precisiones o de modificación por las Comunidades Autónomas al amparo de su competencia ordinaria. Otro tanto puede sostenerse respecto a las obligaciones de comunicación que

---

631 V. JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público,* cit., págs.127-171, en especial pág. 153 y M. DARNACULLETA i GARDELLA, *Recursos naturales y dominio público…,* cit., págs. 120-121.

algunas leyes imponen a los poseedores de bienes de interés arqueológico y a la previsión del ejercicio de la recuperación de oficio por parte de las Comunidades Autónomas, al ser éstas las instituciones territoriales llamadas en primer término a la custodia de estos bienes. En este punto, la legislación autonómica efectúa una regulación a la que renuncia el legislador estatal y que especifica las consecuencias de la declaración de extracomercialidad que efectúa la LPHE.

3.2.2. Ámbito objetivo del dominio público de los hallazgos de bienes culturales

El análisis del ámbito objetivo del dominio público del artículo 44.1 LPHE exige abordar sucesivamente cuatro cuestiones. En primer término, se ha de determinar si la solución prevista se extiende al hallazgo de bienes de naturaleza inmobiliaria; en segundo término, precisar cuáles son los valores o intereses de índole cultural cuya posesión determina el ingreso de los bienes descubiertos en el dominio público; en tercer lugar, han de tratarse las limitaciones al ámbito objetivo que impone la garantía patrimonial constitucionalizada y, finalmente, respecto al Patrimonio Cultural Subacuático, los ajustes que derivan del contraste de la legislación española con el Derecho Internacional que regula la utilización y aprovechamiento de los recursos en los espacios marítimos y, específicamente, el Patrimonio Cultural que se encuentra en esas áreas.

3.2.2.1. Tipología de bienes incluidos en el dominio público del artículo 44.1 LPHE: la inclusión de bienes inmuebles

La primera cuestión que plantea el estudio del ámbito objetivo del dominio público del artículo 44.1 LPHE es la tipología de los bienes afectados por la declaración legislativa desde la distinción básica del Derecho Patrimonial en bienes muebles e inmuebles[632]. La pregunta es pertinente por la doble razón de la ausencia de un antecedente legislativo que contemple específicamente el hallazgo de inmuebles arqueológicos y ofrezca una solución diversa a la que se desprende del artículo 350 del Código Civil, así como por la falta de claridad que manifiesta en este asunto el artículo 44 LPHE. El principal antecedente al respecto, el artículo 4 de la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, no regulaba propiamente el hallazgo de estructuras inmobiliarias –ruinas, en la terminología de aquella Ley- sino que se limitaba a facultar al Estado para su expropiación al dueño del terreno en que se hallara, confirmando de este modo la vigencia del régimen civil.

El artículo 44.1 LPHE extiende la condición de dominio público a "*los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español*". La indefinición de la fórmula "*objetos y restos materiales*", heredada del Proyecto de Ley de 1981, contrasta con la precisión de otros preceptos en los que, de manera explícita, el legislador incluye bienes inmuebles. Es el caso de las definiciones del Patrimonio Histórico Español (art. 1.2 LPHE), del Patrimonio Etnográfico (46 LPHE) y, significativamente, del

[632] Sobre el carácter de *summa rerum divisio* de esta clasificación, v. por todos, L. DÍEZ-PICAZO, en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo III, cit., pág. 182.

Patrimonio Arqueológico (art. 40 LPHE): todas ellas se refieren expresamente a los bienes inmuebles.

La lectura de los restantes apartados del artículo 44 LPHE no refuerza la inclusión de inmuebles en el dominio público. Por el contrario, las siguientes disposiciones se refieren a "objetos". Así, se excluye la aplicación del régimen del tesoro sobre los *objetos* descubiertos (art. 44.1 LPHE *in fine*), se aplican al descubridor las normas del depósito y se formula un deber de entrega de los *objetos* (art. 44.2 LPHE), la regulación del premio beneficia al propietario del lugar en que apareciera el *objeto* (art. 44. 3 LPHE) y se contempla la puesta a disposición de la Administración de los *objetos* cuando se incumplieran los deberes de custodia en depósito y entrega (art. 44.4 LPHE). No obstante, que se haga sólo alusión a los objetos en algunas de estas disposiciones se justifica por su propio contenido: sólo respecto a los objetos es pertinente afirmar que no les será aplicable el artículo 351 del Código Civil, del mismo modo que el depósito en sentido estricto[633] o una obligación de entrega o puesta a disposición de la Administración por definición sólo puede recaer sobre bienes muebles. Por otra parte, la mención a los objetos al regular el premio en los hallazgos casuales puede obedecer a la voluntad legislativa de premiar exclusivamente los hallazgos mobiliarios, sin que de ello se infiera que los restos inmobiliarios queden al margen del dominio público[634].

---

[633] Art. 1761 Cc.

[634] Así ha sido explicitado en diversas leyes autonómicas que han abordado la regulación de los hallazgos casuales y han excluido de manera expresa la premiación del hallazgo casual de restos o estructuras de carácter inmobiliario; v. art. 60.1 LPCG, art. 85.3 LPCCant, art. 55.3 LPHCEx y art. 61.6 LPCHALR.

El principal argumento de Derecho positivo en favor de la inclusión de los bienes inmuebles en el dominio público procede, no obstante, del apartado 5 del artículo 44 LPHE. El precepto exceptúa de lo dispuesto en el artículo "*el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural*". Interpretado *a contrario sensu*, los restantes hallazgos de restos inmobiliarios sí quedarían afectados por la disposición del artículo 44.1 LPHE. Por su parte, la normativa autonómica, a la que, por las razones expuestas anteriormente, sólo cabe atribuir en este punto un valor interpretativo, no modificativo, de la declaración del artículo 44.1 LPHE, no resulta mucho más explícita. Los reglamentos autonómicos en materia arqueológica que pueden considerarse dictados en desarrollo de la LPHE[635] no contienen ninguna especificación. Las leyes posteriores de Patrimonio Cultural, en líneas generales, reproducen la fórmula "*objetos y restos materiales*" variando tan sólo en el elemento valorativo que cualifica al dominio público[636].

---

[635] De acuerdo con el planteamiento original de la LPHE que, salvo puntuales facultades, dejaba en gran medida en manos de las Comunidades Autónomas la ejecución de la legislación estatal, la mayoría de ellas se dotaron de reglamentos en materia arqueológica que pueden considerarse dictados en desarrollo de la ley estatal.

[636] Es el caso de LPCG (art. 56.1), LPCCant (art. 82.1), LPHB (art. 60.1), LPCAr (art. 69.1), LPCAs (art. 61.1), LPCCyL (art. 59), LPCHALR (art. 56.1), LPCMu (art. 54.3) y LPHA 2007 (art. 47.2). Las escasas leyes que no emplean la fórmula "objetos y restos" ofrecen datos contradictorios. Así, la LPHCan refiere el dominio público sólo a "objetos ya descubiertos o que lo sean en el futuro" (art.61), lo que posiblemente obedezca al escaso rigor con que se aborda la regulación del Patrimonio Arqueológico. Otras leyes emplean el término bienes, amparando implícitamente a muebles e inmuebles. Es el caso de la LPCVas (art.47.1), la LPHM (art. 43.1, aunque posteriormente el 46.1 remite a la redacción del art. 44.1 LPHE), la LPHCEx (55.4), LFPCNa (art. 56).

La ausencia de referencias explícitas a los inmuebles en la definición del dominio público no ha generado, sin embargo, controversias con reflejo jurisprudencial. Por el contrario, en los escasos pronunciamientos existentes sobre hallazgos inmobiliarios su inclusión en el dominio público no sólo no resulta cuestionada sino que el carácter demanial de los bienes descubiertos, cualquiera que sea su tipología, se encuentra en la base de la argumentación del tribunal[637]. Constituye igualmente una cuestión pacífica en el seno de la doctrina[638].

Más allá de la falta de claridad del dato positivo, que puede ser superado mediante una interpretación sistemática, la inclusión de inmuebles en el dominio público del artículo 44.1 LPHE plantea algunas dudas desde la perspectiva de la garantía patrimonial de los particulares. La cuestión es si la decisión de demanializar los restos inmobiliarios que se descubran, poseedores de los valores del

---

[637] Así, la STS de 17 de enero de 1992 (RJ 1992/560), en una controversia sobre la cuantía de un premio por el hallazgo de unos mosaicos, se afirma la condición demanial de todos los restos inmobiliarios correspondientes a una villa romana. Por su parte, la STSJ Andalucía, Sala de Sevilla, de 22 de diciembre de 1999 (RJCA 1999/4923) niega que puedan calificarse como privación o limitación del derecho de propiedad del titular del fundo las medidas de protección ordenadas por la administración con base en la condición demanial de los restos inmobiliarios descubiertos.

[638] Las dudas se han planteado en torno a si los hallazgos casuales de inmuebles son también premiables, pero, con carácter general, los inmuebles se entienden incluidos en el artículo 44.1 LPHE. V. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español...*, cit., pág. 783; J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico...*, cit., tomo II, pág. 423; J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., pág. 158, a propósito del hallazgo de cuevas con manifestaciones de arte rupestre; J. L. MOREU BALLONGA, "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español en la Ley de 25 de junio de 1985", *RGLJ*, núm. 6, 1985, págs. 949-951; F. SÁINZ MORENO, "El régimen jurídico del Patrimonio Arqueológico", cit., pág. 40. Desde la disciplina arqueológica, v. M. A. QUEROL FERNÁNDEZ y B. MARTÍNEZ DÍAZ, *La gestión del Patrimonio Arqueológico,* Ed. Alianza, Madrid, 1996, pág. 254.

Patrimonio Histórico Español, afecta a una titularidad preexistente –correspondiente al titular del fundo en el que se verifica el hallazgo- o si, por el contrario, se trata de un bien que carece de dueño. Queda aquí apuntado el tema que será objeto de tratamiento específico posteriormente.

3.2.2.2. La posesión de los valores propios del Patrimonio Histórico Español como característica definitoria del género de bienes definido por el artículo 44.1 LPHE

3.2.2.2.1. Patrimonio arqueológico y dominio público: el ámbito objetivo no coincidente de los artículos 40.1 y 44.1 LPHE

El artículo 44.1 LPHE señala la posesión de los valores propios del Patrimonio Histórico Español, esto es, todos los enumerados en el artículo 1.2 LPHE, como característica que define al género de bienes que declara de dominio público. De manera significativa el precepto no reproduce la fórmula empleada en el artículo 40.1 LPHE para definir el Patrimonio Arqueológico, constituido por los bienes "*de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica*". Esta divergencia ha originado un debate en torno a la extensión del dominio público creado por la LPHE en el que se discute si se trata de un dominio público de bienes arqueológicos o, por el contrario, posee un carácter más amplio. En apoyo de la primera postura, se aduce un criterio sistemático, que atiende a la ubicación del artículo 44.1 LPHE en el contexto de un título rubricado Patrimonio Arqueológico y ciñe la extensión del dominio público al marco trazado en el artículo 40.1 LPGE, a los bienes históricos susceptibles de ser estudiados con metodología

arqueológica[639]. Se contrapone a ésta, una interpretación amplia del ámbito objetivo del dominio público, con fundamento en la propia redacción del artículo 44.1 LPHE, que tiene presente no sólo el interés arqueológico sino cualquiera de los que enumera el artículo 1.2 LPHE como cualificadores de los bienes que integran el dominio público[640]. Desde un punto de vista sistemático, si el legislador hubiera querido limitar el alcance de la demanialización al Patrimonio Arqueológico hubiera bastado con añadir un inciso final al artículo 40.1 LPHE. Por el contrario, asigna a esta cuestión un precepto específico que adopta una redacción diversa. Al amparo de esta interpretación puede sostenerse que la LPHE no crea propiamente un dominio público arqueológico sino un dominio público en el que ingresan bienes portadores de los más variados intereses culturales que sean descubiertos, un dominio público de los hallazgos de bienes culturales.

Esta segunda tesis es confirmada por los propios antecedentes parlamentarios del precepto. Dan fe los debates sostenidos en la Comisión de Educación y Cultura del Congreso durante la tramitación de la LPHE, en los que el representante del grupo parlamentario en el Gobierno subrayó que la demanialización no afectaba sólo a bienes arqueológicos sino a cualquier bien de carácter

---

[639] Destaca en la defensa de esta interpretación J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., págs. 151-152.

[640] V. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985,* cit., págs. 781, 783. Entre los civilistas suscriben esta interpretación, J. L.MOREU BALLONGA, "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español...", cit., págs. 926 y 927, y en los mismos términos en "Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico", cit., págs. 181-182; y F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 351", cit., pág. 985.

histórico o cultural, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 LPHE[641]. Esta interpretación conecta, a su vez, con el Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico-Artístico Español de 1981, inspirador de la LPHE en muchas cuestiones, cuyo artículo 51 declaraba propiedad estatal los objetos y restos materiales "*de interés cultural*", aunque requería una antigüedad superior a los cien años[642]. El precepto, por tanto, coincide con el vigente 44.1 LPHE en eludir la referencia al valor arqueológico y apelar a una noción omnicomprensiva -el interés cultural- como elemento cualificador de los bienes hallados.

La interpretación en sentido amplio guarda también estrecha relación con la solución adoptada por la legislación italiana, principal referente de Derecho comparado en materia de bienes culturales. El artículo 826.2 del Código Civil de 1942[643] sanciona que ingresen en el patrimonio indisponible del Estado las cosas de interés histórico, arqueológico, paletnológico, paleontológico y artístico, descubiertas de cualquier modo y por cualquier sujeto en el subsuelo. Precepto que, a su vez, trae causa de los artículos 44.1, 46.1. 47.3 y 49.1 de la Ley de 1 de junio de 1939, núm. 1089, de tutela de las cosas de interés

---

[641] Intervención del Diputado Sr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ en la sesión del 14 de febrero de 1985 de la Comisión de Educación y Cultura, v. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,* II legislatura, 1985, núm. 266, pág. 8296.

[642] La formulación de este requisito de antigüedad en el Proyecto de Ley de 1981 no debe conducir a la conclusión de que por esta vía se respaldaba una concepción "anticuarista" de los bienes arqueológicos o, más ampliamente, de los bienes culturales. La exigencia de una mínima antigüedad se justificaría, por el contrario, en que en bienes de época más reciente la atribución al Estado de la propiedad de los hallazgos puede chocar con una titularidad aún preexistente que puede ser indagada y acreditada. Desmiente que el Proyecto de 1981 suscribiera una concepción "anticuarista" el hecho de que no se exigiera una antigüedad mínima a los bienes arqueológicos integrantes del Patrimonio Histórico Español (art. 45).

[643] R. D. 16 de marzo de 1942, núm. 262.

artístico e histórico, que reiteradamente disponen que los bienes tutelados por la Ley –los descritos en los artículos 1 y 2 de la norma- que se descubran pertenecen al Estado.

Visto que tanto la literalidad de la LPHE como los antecedentes de su tramitación no avalan la interpretación de que el artículo 44.1 LPHE instituya un dominio público exclusivamente arqueológico, es preciso reconocer que la polémica, desde el punto de vista práctico, es más aparente que real. El artículo 44.1 LPHE, al proyectar hacia el futuro la demanialización, añade a la posesión de los valores propios del Patrimonio Histórico Español, que los objetos y restos materiales "sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar". La exigencia del descubrimiento –que en gran medida se justifica por la garantía patrimonial, para evitar que la demanialización afecte a titularidades vigentes[644]- conecta con una de las notas habituales en el ordenamiento jurídico en la caracterización del Patrimonio Arqueológico. Así es en el único texto normativo internacional que por ahora ensaya una definición, el Convenio europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico, según el cual son bienes arqueológicos "los vestigios y los objetos o cualesquiera otras trazas de manifestaciones humanas que constituyan un testimonio de épocas y de civilizaciones *cuya principal, o una de las principales, fuente de información científica está asegurada por excavaciones o descubrimientos*" (art. 1 CEPPA)[645]. Lo que define al Patrimonio Arqueológico es la utilización de ciertas técnicas

[644] V. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.3.1.

[645] V. Capítulo II, epígrafe 3.1.

en la investigación de restos materiales, restos en los que concurre un interés de tipo cultural que será puesto de manifiesto mediante la utilización de la metodología arqueológica. Es decir, como se señaló, el interés arqueológico concurre con algún otro tipo de interés cultural, de manera que el adjetivo histórico en el artículo 40.1 LPHE constituye una sintética referencia a la diversidad de intereses que caracterizan el Patrimonio. "Histórico" en la terminología de la LPHE funciona como interés-resumen, sinónimo aquí de "cultural", adjetivo por el que optan la mayoría de las leyes autonómicas[646]. Por otra parte, el bien arqueológico se asocia al hallazgo, ya sea fruto de una investigación sistemática, ya se trate de un descubrimiento fortuito que justifique *a posteriori* el recurso a las técnicas arqueológicas para la obtención de información cultural de un bien cuya existencia era desconocida[647]. Bien es cierto que, como se expuso, los hallazgos que depara la investigación arqueológica contemporánea se alejan de la noción de descubrimiento como evento que revela de una vez la existencia de un bien y la integridad del mismo, tal y como ha sido tradicionalmente considerado desde la óptica del Derecho Civil. En cualquier caso, los artículos 40.1 y 44.1 LPHE son, en términos generales, coincidentes en cuanto a las características de los bienes que contemplan.

Sin embargo, el carácter *sustancialmente* arqueológico del dominio público por la necesidad de que los bienes *sean descubiertos* no es óbice para que el artículo 44.1 LPHE ampare la inclusión en el

---

[646] V. Capítulo II, epígrafe 3.2.1.

[647] V. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico...*, tomo II, cit., págs. 364-365 y 367.

dominio público de hallazgos de bienes en los que la cualidad arqueológica resulte dudosa. Sería el caso del descubrimiento de bienes culturales claramente descontextualizados y cuya recognoscibilidad no pasa necesariamente por la aplicación de técnicas arqueológicas, por tratarse de bienes documentados históricamente y a los que, por las circunstancias que fueren, en un momento determinado se les perdió la pista. Es factible imaginar una obra de arte de cuya existencia se tiene constancia por fuentes documentales y que en un determinado momento se extravió o fue ocultada deliberadamente –expediente al que se ha recurrido frecuentemente en nuestro país para salvar objetos valiosos del peligro de destrucción o de pillaje-. Sería posible, por tanto, que tengamos suficiente información del bien hallado sin que se requiera la aplicación de técnicas arqueológicas. Se trata, con todo, de un supuesto improbable dado que hoy en día técnicas adoptadas en el marco de la investigación arqueológica son de aplicación instrumental para el análisis de los bienes culturales –pensemos, por ejemplo, en las técnicas químicas de datación, o en el análisis arqueológico aplicado a la restauración arquitectónica-[648], por lo que siempre sería posible argumentar que los bienes hallados poseen un cierto interés arqueológico y que su consideración como dominio público no rompe la ecuación de los artículos 40.1 y 44.1 LPHE desde el punto de vista del tipo de interés cultural que presentan los bienes que contemplan[649]

---

[648] En el mismo sentido, v. C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La ley valenciana de Patrimonio Cultural. Ley 4/1998 del Patrimonio Histórico- Artístico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 151. V. Capítulo II, epígrafe 3.2.1.

[649] La ecuación no alcanza a todos los elementos ya que, como se sabe, el artículo 44.1 LPHE proyecta su eficacia hacia el futuro en tanto que el artículo 40.1

En cualquier caso, si el hallazgo de un bien cultural responde a lo dispuesto en el artículo 44.1 LPHE, ingresaría en el dominio público aun cuando el interés arqueológico sea menor o prácticamente inexistente. Por ejemplo, una interpretación amplia del artículo 44.1 LPHE justificaría la inclusión en el dominio público de hallazgos de libros o manuscritos antiguos. De un descubrimiento de estas características dan cuenta la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de septiembre de 1997 (AC 1997/1830) y el Auto del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999 (RJ 1999/189). El hallazgo tuvo lugar en 1993 al derribar un tabique y se aplicó el régimen del tesoro. Lo llamativo del caso es que la Junta de Extremadura procedió a comprar los bienes descubiertos sin cuestionar en ningún momento su adquisición por los particulares, discutiéndose tan sólo en los pronunciamientos citados en quién recaía la condición de descubridor y la participación de los implicados en el precio abonado por la administración.

En conclusión, aún cuando el artículo 44.1 LPHE se formule esencialmente para proteger la integridad del Patrimonio Arqueológico de los daños que pueda infligir la actividades de búsqueda clandestina de antigüedades ejecutadas al margen de cualquier planteamiento científico, establece un principio general de atribución a los poderes públicos de los hallazgos de bienes culturales carentes de dueño, evitando que entren en juego los

---

LPHE contempla el Patrimonio Arqueológico en general, con inclusión del descubierto o conocido antes de la entrada en vigor de la LPHE.

mecanismos de apropiación privada que contempla el Código Civil, fundamentalmente, la figura del tesoro[650].

3.2.2.2.2. El interés paleontológico como criterio valorativo del dominio público *ex* artículo 44.1 LPHE

En relación con las cuestiones abordadas en el anterior epígrafe, se plantea aquí la extensión del dominio público a los hallazgos de bienes de interés paleontológico. El problema de la consideración del interés paleontológico en la LPHE no se limita a la extensión del dominio público, como señalamos al ocuparnos del concepto de Patrimonio Arqueológico, pero en esta materia adopta un perfil singular por la preeminencia que posee la ley estatal respecto a las determinaciones que puedan hacer las leyes autonómicas al respecto.

Como se expuso al abordar la configuración normativa del Patrimonio Arqueológico, la LPHE ofrece un tratamiento confuso del Patrimonio Paleontológico, ofreciendo datos ambiguos sobre si se ubican en la órbita y disciplina del Patrimonio Cultural en todo caso o sólo en la medida en que los restos se integren en el Patrimonio Arqueológico, como contexto de una investigación que tiene por objeto principal a los seres humanos. Ya entonces se indicó que, con mejor o peor fortuna técnica, un gran número de Comunidades Autónomas han incluido el Patrimonio Paleontológico, con

---

[650] En este mismo sentido, v. C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La ley valenciana de Patrimonio Cultural…*, cit., pág. 149. Según la autora, la remisión a la generalidad de los valores del artículo 1.2 LPHE que se contiene en el 44.1 LPHE implica una práctica derogación de la figura del tesoro, pues "*todos los objetos* <<*realmente preciosos*>> *tienen algún valor cultural*", en ob. cit., pág. 144.

independencia de sus conexiones con la investigación arqueológica, dentro de la legislación cultural, decisión legislativa para la que, en cualquier caso, encuentran respaldo en su condición de instancias competentes ordinarias para la defensa del Patrimonio Cultural y, por tanto, para la determinación de los intereses que caracterizan los bienes que lo integran en términos eventualmente más amplios que los considerados por el legislador estatal.

No obstante, esta competencia autonómica no se extiende a cualquier medida que pueda adoptarse en orden a la preservación del Patrimonio Cultural y, por las razones expuestas en páginas anteriores, no alcanza a la decisión de extraer un género de bienes del tráfico jurídico ordinario, que compete al Estado de conformidad al artículo 149.1.8 de la Constitución. La afectación de los hallazgos de bienes paleontológicos por la medida contemplada en el artículo 44.1 LPHE deba juzgarse exclusivamente a partir de los datos que ofrece la propia ley estatal. En este sentido, la remisión que el precepto citado efectúa al artículo 1.2 LPHE, al incluir en el dominio público todos los bienes descubiertos que "posean los valores [intereses] del Patrimonio Histórico Español" y teniendo presente que el legislador enumera diferenciadamente los intereses arqueológico y paleontológico, puede razonablemente sostenerse que los hallazgos de bienes de interés exclusivamente paleontológico se encuentran también afectados por la demanialización. Desde un punto de vista funcional, la necesidad de asegurar la aplicación de metodologías científicas para su análisis, emparenta estos bienes con los arqueológicos y justifica que puedan recibir un tratamiento análogo. En cualquier caso, habida cuenta el dudoso estatuto jurídico de los bienes paleontológicos en la LPHE y las exigencias de certeza y seguridad jurídica que reclama una medida de la intensidad de una

declaración de dominio público, sería deseable un pronunciamiento legislativo más explícito y preciso.

En otro orden de consideraciones, la variedad de los bienes que son objeto de estudio por la Paleontología, tanto en tipología como en su número y concentración, aboca a una extensión amplísima del dominio público. De ahí que alguna Comunidad Autónoma ha querido restringir el alcance de la demanialización a una determinada tipología de bienes paleontológicos, de aparición más infrecuente y singular[651]. Más allá de la falta de competencia imputable al legislador autonómico para proceder a esta operación, el dato pone de manifiesto un problema del dominio público tal y como resulta configurado en el artículo 44.1 LPHE: su desmesurada amplitud. Se trata, en cualquier caso, de un efecto que no deriva exclusivamente de la inclusión en él de los bienes paleontológicos, sino, con carácter general, de la conexión directa del ámbito objetivo del dominio público con el concepto extenso de Patrimonio Histórico configurado en la LPHE.

3.2.2.2.3. Algunas consideraciones sobre la amplitud del dominio público del hallazgo de bienes culturales y el sentido de la disposición contenida en el artículo 44.1 LPHE

La remisión del artículo 44.1 LPHE al conjunto de intereses del Patrimonio Histórico Español como caracterizadores del género de bienes que se declara de dominio público confiere una extraordinaria extensión a éste. Cualquier modalidad de interés cultural es

[651]Así, la LPCVal ciñe el ámbito del dominio público producto de hallazgos casuales a "los restos y vestigios fósiles de vertebrados" (art. 65.1).

susceptible de encontrar acomodo en alguno de los términos enumerados en el artículo 1.2 LPHE. La propia *concepción holística* de la Arqueología, que inspira el concepto de Patrimonio Arqueológico y lo despoja de la exigencia de una determinada antigüedad, implica que cualquier resto material del pasado es apto para la reconstrucción de la historia[652], por lo que, asociada esta concepción al dominio público, imprime a éste un carácter tendencialmente expansivo, sin más límites que los que derivan de la existencia de titularidades vigentes sobre los bienes que han sido descubiertos. Muestra de esta concepción holística es el énfasis con el que algunas leyes autonómicas subrayan la importancia del contexto en la investigación arqueológica, al punto de incluir en sus definiciones de Patrimonio Arqueológico "*el territorio o paisaje habitado por el hombre en época histórica o prehistórica*"[653] o "*los lugares en los que es posible reconocer la actividad humana en el pasado*"[654]. La aplicación de esta concepción a todo hallazgo de un bien cuya titularidad no conste y que pueda ofrecernos la menor información cultural o histórica aboca, en defecto de criterios que maticen su apreciación, a su calificación como dominio público.

La cuestión ha sido debatida en Italia, cuyo ordenamiento establece un régimen de atribución pública de los hallazgos de bienes culturales que puede considerarse antecedente del régimen español. La mencionada ley de 1 de junio de 1939, núm. 1089, de tutela de las cosas de interés artístico e histórico –Ley Bottai- establecía la

---

[652] V. QUEROL, M. A., y MARTÍNEZ DÍAZ, B.: *La gestión...*, cit., pág. 36.

[653] Arts. 39 LPHM y 55.1 LPCHALR

[654] Art. 50 LPCCyL.

pertenencia estatal de todas las cosas descubiertas[655]. Esta solución sería sancionada en el Código Civil italiano de 1942 (Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n. 262), en virtud del cual el hallazgo de cosas "*d'interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico e artístico*", descubiertas por cualquiera y en cualquier modo en el subsuelo ingresan en el "*patrimonio indisponibile dello Stato*" (art. 826.2)[656]. Este régimen, mantenido hasta hoy, se contiene actualmente en el *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (Decreto Legislativo 22 enero 2004, n. 42) (art. 91.1)[657]. La amplitud de los términos de la atribución pública

---

[655] Arts. 44; 45, referido a hallazgos en el curso de investigaciones arqueológicas bajo el régimen de concesión; 46, referido a hallazgos realizados por el propietario en su propio fundo en el curso de investigaciones arqueológicas autorizadas; y 49, relativo a descubrimientos fortuitos.

[656] La interpretación posterior distinguió entre los hallazgos de bienes inmuebles, a los que se aplica la calificación de dominio público en virtud del artículo 822.2 del *Códice* y los bienes muebles, que ingresan en el patrimonio indisponible del Estado. Esta segunda categoría, a pesar de su denominación, flexibiliza la inalienabilidad por comparación al dominio público. No obstante, en los últimos tiempos una línea de interpretación jurisprudencial y diversos desarrollos legislativos han terminado por erosionar el dogma de la inalienabilidad del *demanio storico-artistico.* Al respecto, v. QUAGLIA, U.: "Sull'alienabilità del demanio storico-artistico: ovvero nuove prospettive per la conservazione e valorizzazione del beni culturali appartenenti agli Enti pubblici territoriali", *Il foro amministrativo,* fasc. 12, 1988, págs. 3689-3698; MANSI, A: "Un capitolo infinito: l'alienazione degli immobili di valenza culturale e la creazione di una nuova categoría di bene culturale: il monumento nazionale. Un primo commento al regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artístico (d.p.r. 7 settembre 2000 n. 283)", *Rivista giuridica dell'edilizia,* fasc. 1, 2001, págs. 45-56; y DAMONTE, R.: "Prime considerazione sul Regolamento recante la disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artístico", *Rivista giuridica dell'edilizia,* fasc.1, 2001, págs. 74-98.

[657] La sustitución del *Testo Unico delle disposicizione legislative in materia di beni culturali e ambientali* (Decreto Legislativo de 29 de octubre de 1999, n. 490) por el *Codice* del 2004 ha introducido algún ligero cambio en el régimen de los hallazgos. El decreto legislativo de 1999 no mencionaba el requisito de hallazgo en el subsuelo, presente en el Código Civil, para la atribución estatal. De esta manera se consagraba legislativamente una interpretación ampliamente extendida que superaba la dicción del artículo 826.2 del Código Civil. El *Códice dei beni culturali e del paesaggio* del 2004 reintroduce la referencia al subsuelo en el apartado 1 del artículo 90. A su vez, añade una nueva disposición en el apartado 2 relativa a los hallazgos que se producen con ocasión de demoliciones por cuenta de entidades

condujo a GIANNINI a defender la necesidad de que existiera un *interés cualificado* en los bienes descubiertos para que pudiera consolidarse la titularidad pública sobre los mismos[658], teoría que ha encontrado eco en alguna decisión jurisprudencial en el orden penal[659].

---

públicas, materiales de los que no podrá apropiarse la empresa de derribos. A sensu contrario, se entiende que los hallazgos en derribos que no corren a cuenta de las administraciones públicas son apropiables por los particulares.

[658] GIANNINI formula por primera vez esta teoría en 1963 en *I beni pubblici.* Según el autor, el sentido de la consideración de los hallazgos arqueológicos como patrimonio indisponible reside en garantizar "*che la cosa non vada dispersa o distrutta, prima que essa sia stata esaminata dall'organo técnico dello Stato*": sólo si tal examen revela que los restos descubiertos son "*di pregio particolare*", se mantiene la adquisición por el Estado, ahora ya con el carácter de dominio público conforme al art. 822 del Código civil italiano; si carece de tal interés queda en manos privadas. Por tanto, la calificación como patrimonio indisponible de los hallazgos jugaría un papel "*strumentale e preliminare*". V. *I beni pubblici,* Ed. Mario Bulzoni, Roma, 1963, págs. 67, 78.

Esta tesis sería ampliada en su clásico trabajo "I beni culturali", donde expone dos posibles modos de concebir la adquisición por el Estado: o el Estado adquiere originariamente la propiedad de todos los bienes arqueológicos cuando son descubiertos para luego desprenderse o abandonar lo que no le interesa; o bien con el descubrimiento se abre una fase en que los bienes se encuentran en "*una situazione oggetiva di disponibilità solo per l'Amministrazione pubblica*" de tal forma que, efectuada la valoración sólo adquiere originariamente aquello que le interesa, y lo que no le interesa deja que sea adquirido por el propietario del suelo o por quien corresponda en cumplimiento de la obligación de indemnización o de premio, v. "I beni culturali", *Rivista Trimmestrale di Diritto Pubblico,* 1976, págs. 16 y 17. GIANNINI se decanta por la segunda concepción. Parece, sin embargo, parece más razonable entender que el Estado adquiere originariamente todos los bienes poseedores de algún tipo de interés cultural, ya que de no ser así no podría premiar o indemnizar a los particulares con parte de los bienes descubiertos, sino que, por el contrario, la adquisición por los particulares se produciría por los medios previstos en el Derecho Civil.

[659] Sentencia de 4 de febrero de 1993, dictada por la sección III penal de la *Corte di Cassazione*. Un comentario crítico de la misma por BENINI, S.: "Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati", *Foro italiano,* 1993, parte seconda, págs. 632-640.

En nuestro país, con alguna excepción[660], el alcance del dominio público del artículo 44.1 LPHE no ha sido tratado doctrinalmente, a pesar de que en el planteamiento de GIANNINI late un problema de orden práctico que se plantea en nuestro país en los mismos términos que en Italia: la incapacidad de la Administración cultural para gestionar el depósito de cantidades ingentes de bienes extraídos a raíz de actividades arqueológicas y hallazgos casuales, provocando el colapso de los almacenes de los museos y problemas de gestión que comprometen el cumplimiento de la función social propia de estos bienes.

La exigencia de un interés cultural cualificado para que el bien descubierto ingrese en el dominio público se enfrenta con mayores reparos en nuestro ordenamiento jurídico. El primero de ellos, formulado también a la tesis de GIANNINI, es que el artículo 1.2 LPHE, al que remite el artículo 44.1 LPHE, no exigiría una especial intensidad al interés presente en los bienes para que éstos puedan ser considerados Patrimonio Histórico, ya que en esos casos la legislación instrumenta figuras específicas –la declaración como bien de interés cultural o el inventario -. La función del artículo 1.2 LPHE es más bien dar cuenta de la variedad de disciplinas o perspectivas desde la que un bien puede ser considerado parte del Patrimonio

[660] Tan sólo MOREU BALLONGA apunta la razonabilidad de modular la adquisición pública de los hallazgos en función de la mayor o menor abundancia de los bienes descubiertos, aunque lo justifica en la necesidad de aliviar la carga financiera que supone el abono del premio previsto en el artículo 44.3 LPHE. El argumento financiero en este punto tiene escasa relevancia puesto que el mencionado premio sólo se abona cuando se trata de hallazgos casuales –que es el supuesto menos frecuente-, y los supuestos de abono han sido muy limitados en la legislación autonómica. V. J. L. MOREU BALLONGA: "Los hallazgos interesantes...", cit., pág. 927, y "Hallazgos de interés...", cit., pág. 182.

Histórico[661]. La ausencia de un interés cualificado se aprecia en la propia definición del Patrimonio Arqueológico, que sólo requiere la aplicación de métodos arqueológicos al estudio de los bienes para que éstos tengan consideración arqueológica[662].

En segundo término, la legislación española, a diferencia de la italiana, no ha contemplado ningún mecanismo por el que la Administración pueda desprenderse de los bienes que juzga de interés poco relevante. Así, el Derecho italiano permite que parte de los bienes descubiertos puedan ser entregados en concepto de premio al concesionario de la actividad de investigación, al descubridor fortuito y al propietario del inmueble en el que se verifiquen los hallazgos[663]. Igualmente, se contempla el pago de la indemnización por los daños derivados de la ocupación temporal del fundo durante la realización de los trabajos arqueológicos con una parte o todos los bienes descubiertos, si estos no presentaran interés para las colecciones públicas[664]. La LPHE difiere en este punto del Proyecto de Ley de 1981, que permitía a la Administración Pública hacer efectiva la titularidad pública sobre los bienes o dejarlos en

---

[661] Una reflexión en este sentido sobre el art. 1 de la Ley italiana 1089/1939 por BENINI, S.: "Sulla liceità..." cit., pág. 635.

[662] Las sucesivas leyes autonómicas no se apartan de este criterio en la definición del Patrimonio Arqueológico, con la salvedad de la LPCAs que señala además que el "*estudio mediante el uso de una técnica arqueológica pueda proporcionar información histórica significativa*" (art. 61.1 LPCAs).

[663] Art. 92 *Códice dei beni culturali e del paesaggio.*

[664] Art. 88.3 *Códice dei beni culturali e del paesaggio.*

poder del descubridor que diligentemente hubiera notificado el hallazgo[665].

A pesar del dato positivo, la gestión del Patrimonio Cultural en el contexto de la investigación arqueológica exige una continua actividad valorativa que está en la base de decisiones que afectan a la propia integridad de los elementos que componen el yacimiento. La propia dinámica de la actividad arqueológica es incompatible con una concepción de dominio público que congele el estado de los bienes afectados por la declaración y determine una suerte de intangibilidad desde el punto de vista material de los bienes arqueológicos. La arqueología es una ciencia que recupera información cultural a partir del análisis de restos materiales, pero es una ciencia destructiva en algunas de sus técnicas: destructora de contextos, destructora de estructuras situadas en estratos superiores para acceder a los estratos inferiores...

Este dato metajurídico resulta confirmado por algunos reglamentos autonómicos al prever ciertos mecanismos de criba o de descarte que, si bien, no cuestionan la titularidad pública sobre los bienes ni el entero control administrativo sobre la gestión de los mismos, rechazan que la declaración de dominio público se salde con una acumulación indiscriminada en dependencias administrativas o

---

[665] El art. 52.3 del Proyecto de 1981 disponía que el descubridor adquiriese la propiedad del objeto si, una vez notificado el hallazgo a la Administración, transcurría el plazo que se dispusiera reglamentariamente sin que el Estado "*ejercitara su derecho*", se entiende que a recabar su titularidad; v. *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados,* I Legislatura, Serie A, núm. 207-I. Constituye en cualquier caso un precepto peligroso, puesto que una eventual desidia de la Administración a la hora de evaluar los bienes –juicio que, en buena lógica, habría de anteceder al "ejercicio de su derecho"- podía desembocar en la adquisición de la propiedad por el descubridor.

una puesta en valor, a efectos expositivos, de todos los bienes descubiertos. El primer reglamento en contener determinaciones en este aspecto es el Decreto catalán 78/2002, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de protección del Patrimonio arqueológico y paleontológico[666]. El artículo 29, bajo la rúbrica "Evaluación y selección", dispone que al momento de resolver sobre el depósito definitivo de restos extraídos, en el caso de que "*no reúnan cualidades para la musealización o que sean reiterativos de otros restos depositados*", pueda acordarse su retorno al lugar de donde procedieran o, si no fuera posible, a otro lugar de su entorno. Seguidamente prevé que los museos en los que se hubieran depositado restos arqueológicos o paleontológicos "*que, por su carácter reiterativo, residual y fragmentario, no tengan interés museístico ni científico*" puedan ser autorizados a realizar una evaluación y selección de los mismos a fin de que sean devueltos a su emplazamiento originario o al entorno cercano. En cuanto a los restos no extraídos -esencialmente estructuras inmuebles- cuando por razón de la realización de una obra o por otra causa, fuera imposible la conservación de los restos al descubierto o con un terraplenado temporal, el reglamento establece que pueda autorizarse su conservación con terraplenado indefinido de carácter irreversible o, en último término, su eliminación, siempre que en ambos casos se proceda a documentar extensamente los restos y su emplazamiento "*para garantizar la salvación de los valores culturales*" (arts. 30.2, 31.4 y 33). En términos más escuetos el Decreto andaluz 168/2003, de 17 de junio, que aprueba el Reglamento de Actividades

[666] Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 13 de marzo de 2002, núm. 3594.

Arqueológicas[667], plantea la posibilidad de un expurgo de los bienes muebles recuperados y dispone que la dirección de la actividad arqueológica pueda presentar junto al inventario "*una solicitud con los criterios de descarte y el protocolo para realizarlo y tratamiento final de los bienes descartados*" (art. 38.5).

Los datos normativos expuestos no permiten sostener que la Administración sólo adquiera originariamente aquello que presenta un valor o interés cualificado: de ser así, habría que revisar retrospectivamente las circunstancias del hallazgo a fin de determinar a quién corresponde la titularidad de los bienes descubiertos conforme al Derecho civil. Por el contrario, la Administración, como titular de todo, decide el destino que da a los restos que descarta por su escaso valor: permite su destrucción o su ocultamiento definitivo, en el caso de los bienes inmuebles, o decide para los bienes muebles la devolución a su contexto, como concreta e reglamento catalán. A la vista de todas estas circunstancias, cabe preguntarse acerca del sentido o finalidades que presenta la declaración de dominio público de los bienes portadores de interés cultural que se descubran.

El primer objetivo –y más evidente- es evitar una apropiación privada de los bienes que ponga en peligro la función de los mismos como uno de los instrumentos que garantizan el acceso a la cultura. Para ello se excluye explícitamente la aplicación a estos bienes de las determinaciones del Código Civil sobre la apropiación de tesoros, régimen que hasta la fecha de promulgación de la LPHE había interferido el régimen de los hallazgos culturales condicionando

[667] Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 15 de julio de 2003, núm. 134.

incluso la aplicación e interpretación de disposiciones administrativas especiales. Por ende, la declaración de dominio público cumple la función de desincentivar las búsquedas no autorizadas al habilitar a las autoridades administrativas para reivindicar en cualquier momento la posesión de los bienes e impedir la consolidación por la vía de la prescripción de titularidades privadas. Los bienes que presenten cualquier tipo de interés histórico o cultural, por pequeño que éste sea, y resulten descubiertos quedan enteramente a disposición de la Administración competente para su gestión.

Pero el mayor valor de la declaración de dominio público reside en preservar jurídicamente el destino del bien desde el momento del descubrimiento, a fin de que sobre los restos se realicen toda una serie de actuaciones supervisadas por la Administración cultural que se ordenan, en primer término, a garantizar la aplicación de métodos científicos para la extracción de información cultural y, en segundo término, a decidir qué parte de tales bienes, ya sea por su singularidad, por su capacidad para ilustrar, por su potencial pedagógico o turístico, por su accesibilidad, etc. son merecedores de un destino museístico o demandan una conservación *in situ* o puesta en valor del propio yacimiento. Una vez garantizado el cumplimiento de estas finalidades y ejecutadas cuantas actuaciones administrativas requiera la naturaleza cultural de los bienes, cabe preguntarse si resulta justificado que la declaración de dominio público impida indefinidamente el "acceso jurídico" de los particulares a los bienes. En este sentido, los escuetos términos en que se pronuncia el artículo 44.1 LPHE han podido conducir a una interpretación excesivamente estática del dominio público, de la que parece rea la legislación autonómica. Se echa en falta un desarrollo

legislativo que aporte una noción más dinámica en la gestión de estos bienes que pase, eventualmente, por introducir cierta flexibilidad en el entendimiento de la titularidad pública. Un entendimiento funcional del dominio público de los hallazgos culturales permitiría un aquilatamiento de este régimen por parte de las Comunidades Autónomas, como instancias competentes ordinarias en Patrimonio Cultural, sin que por ello resulte necesariamente cuestionada la decisión del legislador estatal de extraer originariamente del tráfico jurídico privado los bienes culturales descubiertos. Desde esta perspectiva, la finalidad del artículo 44.1 LPHE es esencialmente garantizar que, por parte de los poderes públicos, se conduzcan las actuaciones necesarias que aseguren la función cultural de estos bienes, sin que demande un destino final único para los bienes originariamente afectados por la declaración.

3.2.2.3. El artículo 44.1 LPHE y la garantía patrimonial de los particulares

3.2.2.3.1. El carácter prospectivo del artículo 44.1 LPHE por referencia al descubrimiento futuro de los bienes como expresivo del requisito de la carencia de dueño para la adscripción al dominio público de los bienes descubiertos

En páginas anteriores se ha aludido a la particularidad que presenta el artículo 44.1 LPHE al fijar un momento temporal a partir del cual ingresan en el dominio público los bienes poseedores de valores culturales. Según el artículo mencionado, son de dominio público los objetos y restos materiales que, poseyendo los valores del Patrimonio Histórico Español, "*sean descubiertos* como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o

por azar". Esta precisión supone que no todos los bienes que compartan la misma naturaleza (la posesión de valores propios del Patrimonio Histórico Español) quedan sometidos a un mismo régimen de atribución, sino que la medida del 44.1 LPHE se proyecta hacia el futuro. A falta de previsión específica, se entiende como fecha de referencia la de la entrada en vigor de la LPHE, es decir, el 19 de julio de 1985.

También desde esta perspectiva se confirma que los artículos 40.1 y 44.1 LPHE no son coextensos en los ámbitos objetivos que contemplan: no sólo porque la demanialización pueda extenderse puntualmente a bienes no estrictamente arqueológicos sino porque los bienes susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica ingresan en el dominio público en función de la fecha de su descubrimiento. De este modo, bajo la etiqueta de Patrimonio Arqueológico o, más ampliamente del Patrimonio Cultural, se agrupan bienes funcionalmente análogos que, sin embargo, se encuentran sometidos a una diversidad de regímenes patrimoniales: bienes de titularidad privada, ya sea por aplicación del tesoro o de las disposiciones administrativas especiales que concedían la propiedad de antigüedades a sus descubridores; o de titularidad pública, con carácter de bienes patrimoniales o de dominio público, por afectación a un uso o servicio público[668].

La mención al descubrimiento futuro para imprimir carácter prospectivo a la demanialización impide considerar que los bienes contemplados en el artículo 44.1 LPHE sean de dominio público antes de su hallazgo. No es entendido así por algunos autores que,

[668] V. Capítulo III, epígrafe 2.

con base en la dicción del artículo 40.1 LPHE y en la inclusión en el Patrimonio Arqueológico de los bienes susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica "*hayan sido o no extraídos*", han defendido que tales bienes forman parte del dominio público antes de su descubrimiento, aun tratándose de bienes ignorados[669]. El sentido del artículo 40.1 LPHE, sin embargo, no se revela por relación al dominio público, sino que alude a la aptitud de los bienes arqueológicos para suministrar información de carácter histórico o cultural sin necesidad de proceder a su remoción o extracción, merced a la aplicación de determinadas técnicas. La extracción a la que se refiere el artículo 40.1 LPHE no es sinónimo del descubrimiento contemplado en el artículo 44.1 LPHE. De hecho, como la propia doctrina civil advierte respecto al tesoro, el evento jurídicamente suficiente para que exista descubrimiento a los fines de la apropiación es la revelación de la localización exacta del bien, de manera que pierda su carácter "*oculto*" e "*ignorado*"[670], no la

---

[669] Así, MOREU BALLONGA, en una interpretación que recuerda a la atribución de bienes vacantes al Estado, sostiene que la adquisición se produciría "desde que lo oculto antiguo devino falto de dueño por su antigüedad e interesante para el Patrimonio Histórico Español", sin necesidad de ser descubiertos, en "Los hallazgos interesantes...", cit., pág. 934 y "Hallazgos de interés histórico...",cit., pág. 188. Por su parte, ALEGRE ÁVILA, señala que "no es el hecho del descubrimiento el que provoca el surgimiento de la entidad jurídica <<hallazgo arqueológico>> y la subsiguiente atribución de su titularidad a la Administración [...] en concepto de dominio público, como de modo generalizado viene entendiendo la doctrina (sin duda por el influjo evidente del régimen civil del tesoro), sino que la mera pertenencia al Patrimonio Histórico Español de los <<bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica>> permite fundar la atribución de su titularidad a la Administración en concepto de dominio público,<< hayan sido o no extraídos>> los objetos y retos materiales de que se trata (art. 40,1 LPHE)", por lo que es posible señalar que estos bienes "son de <<dominio público>> aun antes de su descubrimiento, con independencia de su descubrimiento"; en *Evolución y régimen jurídico...*, cit., tomo II, pág. 368.

[670] V. PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario a los artículos 351 y 352 del Código Civil", cit., págs. 986 y 991.

extracción. De ahí que puedan existir bienes arqueológicos cuya existencia y localización sean conocidas que no sean extraídos por razones de tutela[671], como ocurre en el supuesto de la constitución de zonas de reservas arqueológicas, que contempla la propia normativa internacional[672]. Adelantar el momento a partir del cual se entiende que existe el dominio público no añade ninguna ventaja jurídica para la protección de esos bienes, ya que la apropiación privada originaria, que la declaración de dominio público impide, no se produce en ningún caso antes del descubrimiento ni, por otra parte, las potestades de intervención para la protección del Patrimonio Arqueológico que, con carácter general despliega la Administración cultural, conozca o no la existencia de los bienes, no tienen su fundamento en la previa titularidad de los mismos.

No es posible, en definitiva, trazar un paralelismo con otros géneros de bienes demanializados[673], tales como minas o aguas, ya que la particularidad del artículo 44.1 LPHE es precisamente la invocación al descubrimiento como hito cronológico que determina la inclusión en el dominio público[674]. A diferencia de otras

---

[671] V. J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., pág. 153, y "Patrimonios especiales: patrimonio paleontológico y arqueológico" en VV.AA. (dir. L. POMED SÁNCHEZ) *Estudio sistemático de Ley del Patrimonio Cultural Aragonés,* Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001, pág. 162.

[672] Las zonas de reserva arqueológica son contempladas en el artículo 2.b) del Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico de 1969, para la preservación de evidencias materiales con la finalidad de que sean excavadas por futuras generaciones de arqueólogos.

[673] Contra J. M. ALEGRE ÁVILA, en *Evolución y régimen jurídico...*, cit., tomo II, pág. 368.

[674] V. A. GALLEGO ANABITARTE, "Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 200, 2003, pág. 90.

demanializaciones, en este caso el legislador no ha querido revisar la situación patrimonial de bienes del Patrimonio Cultural ya apropiados. Con ello, queda eximido de la previsión de soluciones compensatorias u otros mecanismos jurídicos que hagan viable constitucionalmente una disposición materialmente expropiatoria en la medida en que afecte a titularidades vigentes[675]. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la principal virtualidad de la demanialización desde la perspectiva de la protección del Patrimonio Arqueológico reside más en proteger el proceso de recuperación de información a través de las actividades arqueológicas -especialmente las realizadas en el propio yacimiento o en el contexto físico del hallazgo-, que en favorecer una acumulación de bienes en manos de

[675] La eventual inconstitucionalidad de una medida de estas características no derivaría, obviamente, de la mera supresión de derechos adquiridos, cuya preservación no constituye un límite indisponible al alcance retroactivo de la legislación. La ruptura de la identificación entre derechos adquiridos y derechos individuales a efectos de la prohibición de irretroactividad de las disposiciones que contiene el artículo 9.3 CE fue postulada por F. LÓPEZ MENUDO, en *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, Ed. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, págs. 213-228. La eventual inconstitucionalidad de un precepto que afectara a titularidades preexistentes derivaría de la omisión legislativa de una medida patrimonial que reparara la privación, tal como exige el artículo 33 CE. El legislador ha dado conocidas muestras de originalidad para salvar esta exigencia constitucional. Así, por ejemplo, la Ley de Aguas justificó la elusión de una indemnización a los afectados por la demanialización de las aguas subterráneas en el carácter facultativo para el titular de las operaciones que traen consigo la transformación de los derechos privados sobre las aguas en derechos temporales de aprovechamiento y en concesiones administrativas, v. Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 29/1985, de 29 de noviembre y STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12º. La Ley de Costas, por su parte, convierte coactivamente las titularidades privadas en el dominio, reconocidas por sentencia judicial firme,, en concesiones administrativas. El Tribunal Constitucional estima suficiente a efectos indemnizatorios el valor económico de la concesión. No obstante, se apuntala la licitud constitucional del "trueque" de derechos en la propia constitucionalización del dominio público marítimo-terrestre, antecedente del que carece el Patrimonio Cultural y que haría más dudosa una operación de estas características en este sector. V. Disposición Transitoria Primera Ley 22/1988, de 28 de julio y STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8º. B. a.

la Administración Pública. Desde ese punto de vista, la suerte patrimonial de los bienes que ya se encuentran en circulación no resulta esencial. En especial, si se tiene presente que el régimen común del Patrimonio Cultural se orienta a garantizar la funcionalidad de los bienes culturales como instrumentos para el acceso a la cultura, con independencia de su titularidad[676]. La escisión entre bienes privados y bienes de dominio público resulta en gran medida difuminada en los bienes integrantes del Patrimonio Histórico por razón de su análoga funcionalidad[677] y cuestiona, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, una eventual extensión del dominio público a la totalidad de bienes del Patrimonio Histórico Español en manos privadas.

Importa ahora subrayar que es la voluntad de no afectar titularidades preexistentes la que explica el carácter prospectivo de la

---

[676] Traigo aquí unas palabras del ministro Solana, en la presentación del proyecto de ley ante el pleno del Congreso, que enfáticamente subrayan esta idea: "[…] *En consecuencia, el distintivo para esta clase de bienes no es su propiedad. Y me importa subrayar, señorías, este concepto "no es su propiedad", que la Ley ni determina, ni en principio cuestiona, sino su utilización. Lo que es primordial, señorías, es la función que tales bienes deben cumplir. El uso que la sociedad debe dar y su titularidad sólo deberá cuestionarse cuando tal uso no parezca el adecuado al interés cultural de un bien particular*", en *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados,* II Legislatura, núm. 123, del 17 de mayo de 1984, pág. 5628.

[677] La doctrina ha puesto de relieve la pérdida de trascendencia de la dicotomía entre bienes públicos y privados por la objetivación del régimen jurídico de los bienes en atención a su función social o a su peculiar vinculación a un servicio público, al margen del dato de su titularidad; v. J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ: "El estatuto jurídico de los bienes..." cit., págs. 48-52, sobre la noción de "cosa pública"; en el ámbito de los bienes ambientales o culturales lo han puesto de manifiesto M. DARNACULLETA GARDELLA, *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen jurídico del demanio natural,* Ed. Cedecs, Barcelona, 2000, pág. 150; y E. MOREU CARBONELL, "Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público"", cit., págs. 468-472. Por su parte, J. BARCELONA LLOP plantea que la importación de la teoría de los bienes culturales quizás haga innecesario el recurso al dominio público, en "El dominio público arqueológico", cit., págs. 134-135.

disposición contenida en el artículo 44.1 LPHE y la mención al descubrimiento en el contexto del precepto. De este modo, la carencia de dueño de los bienes descubiertos se revela como requisito para la licitud, desde el punto de vista de la garantía patrimonial, de la adscripción de los bienes al dominio público. La garantía patrimonial de las titularidades preexistentes, llevada al primer plano, condiciona y modula las consecuencias que se derivarían de una interpretación literal del artículo 44.1 LPHE. El análisis requiere, en este punto, distinguir entre bienes muebles y bienes inmuebles.

3.2.2.3.1.1. La proyección del dominio público al descubrimiento de bienes muebles

El artículo 44.1 LPHE excluye expresamente la aplicación a los hallazgos de objetos y restos materiales del Patrimonio Histórico Español el régimen del tesoro contenido en el artículo 351 del Código Civil. Además del valor que posee al hacer expresa la preeminencia de la legislación especial administrativa sobre el régimen común civil, esta disposición refuerza la conclusión expresada de la voluntad legislativa de no afectar titularidades preexistentes. Es conocido que uno de los requisitos que integra el concepto de tesoro, de acuerdo con el artículo 352 del Código Civil es que *no conste la legítima pertenencia* del depósito. La carencia de dueño, engloba tanto la inexistencia de propietario como que éste sea inhallable, es decir, que sea imposible que pueda presentarse y probar su dominio[678]. En la medida en que la legislación cultural desplaza al tesoro, la

[678] V. Capítulo II, epígrafe 2.1.1.2.1.

declaración del artículo 44.1 LPHE no afecta a titularidades preexistentes o, de existir éstas, se trata de titularidades que no pueden "reactivarse", para las que el propio Derecho civil ha previsto una nueva atribución en virtud del descubrimiento de los bienes sobre los que recaían. Esto es así también para los derechos del propietario del terreno sobre los tesoros que se descubran en su fundo, derechos que no preexisten al momento del descubrimiento puesto que el tesoro no tiene la condición de *pars fundi*[679].

No obstante, el hecho de que ni el concepto de Patrimonio Histórico ni, más específicamente, el de Patrimonio Arqueológico se asocie en la legislación vigente a una mínima antigüedad de los bienes puede plantear algunos problemas en relación con la adscripción al dominio público de aquellos hallazgos de apariencia reciente, sobre los que no es descartable que subsista un titular identificable. Esta cuestión surgió en la tramitación parlamentaria del precepto, en la que se planteó una enmienda que proponía una antigüedad mínima de cien años para la adscripción de los bienes descubiertos al dominio público[680]. Sin embargo, la antigüedad del

---

[679] V. J. L. MOREU BALLONGA, *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., págs. 398-399 y A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a los artículos 610 a 617", cit., pág. 42. La idea de que el propietario carece de derechos sobre el tesoro antes de que sea descubierto ha sido confirmada por la jurisprudencia, que ha negado naturaleza real a una cláusula por la que el vendedor de un inmueble se reservaba la propiedad de los tesoros que se descubrieran en el futuro en la finca que transmitía (STS de 27 de junio de 1988, RJ 1988/5134, FJ 5º)

[680] Corresponde al Diputado Álvarez Álvarez, por el Grupo Popular, la propuesta de limitar el dominio público a los hallazgos de más de cien años de antigüedad, con el argumento de que para bienes más recientes "*se puede llegar a conocer de quién proceden esos bienes, y no es justo convertirlos en bienes de dominio público automáticamente como sucede con los demás*". Se opuso a ello el Diputado Martínez Martínez, de cuyas palabras pudiera deducirse que la condición de dominio público deriva automáticamente de la doble circunstancia de la posesión de valores culturales y de la aparición mediante descubrimiento, con exclusión de

hallazgo no es necesariamente garantía de no afectación a titularidades vigentes y, por otra parte, de haberse incluido, hubiera permitido la apropiación privada de bienes del Patrimonio Histórico de antigüedad inferior, aun cuando éstos efectivamente carecieran de dueño conocido o cognoscible[681].

El problema que se plantea en este punto es, en cierta medida, análogo al que afecta al régimen civil del tesoro, una vez que se prescinde del requisito de la antigüedad del depósito[682]: las

---

otras consideraciones; v. el debate sostenido por ambos en comisión en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Cultura,* II Legislatura, núm. 266, sesión del 14 de febrero de 1985, págs. 8295-8297. La discusión se reproduciría en el debate de las enmiendas en el Pleno, con similares argumentos; v. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno,* II Legislatura, núm. 186, sesión de 28 de febrero de 1985, págs. 8574-8576.

En segundo lugar, cuando para refutar la argumentación de Álvarez Álvarez se apela por parte del Diputado Martínez a la regulación del tesoro en el Código Civil, en la que tampoco se exige una determinada antigüedad del bien hallado, no es cierto que el texto "en ningún momento habla del propietario originario, del propietario último, sino que se refiere exclusivamente al propietario del terreno en el que apareció el tesoro oculto", en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Plano,* cit., pág. 8576. Antes al contrario, un elemento integrante del concepto de tesoro es que su legítima pertenencia no conste (art. 352 Cc); si no se da este requisito no procede la aplicación del tesoro sino la restitución a su anterior poseedor (art. 615 Cc). En el fondo, las posturas de ambos diputados en el debate están animadas por una misma interpretación del artículo 44.1 LPHE: que el mismo opera automáticamente sobre todo bien de valor cultural objeto de descubrimiento, con abstracción de la existencia de posibles titulares del mismo. Basta, sin embargo, superar este automatismo e incorporar la carencia de dueño como un requisito de la eficacia del precepto para despejar las dudas de constitucionalidad que se plantean.

[681] V. la crítica a la enmienda de Álvarez Álvarez de A. F. PANTALEÓN PRIETO en "Comentario al artículo 614", en VV.AA. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* cit., págs. 443-445.

[682] *Contra* J. L. MOREU BALLONGA, quien pese al tenor literal del artículo 352 del Código Civil, mantiene la necesidad de que el depósito sea *vetus,* antiguo, para que pueda ser considerado tesoro, y fundamenta precisamente en la antigüedad del hallazgo los derechos sobre el mismo del propietario del lugar, en *Ocupación, hallazgo y tesoro,* cit., pág. 279-287.

interferencias que pueden darse con los supuestos de cosas perdidas –hallazgos recientes-, para las que el artículo 615 del Código Civil dispone un régimen de publicidad a fin de permitir que comparezca el propietario, así como la falta de certeza respecto al carácter definitivo de la adquisición[683]. De ahí que, en primer término, la extensión del dominio público al hallazgo o descubrimiento de cualquier bien poseedor de valores del Patrimonio Histórico Español, requeriría para aquellos bienes cuya apariencia –por su menor antigüedad- hiciera pensar en la existencia de un titular actual, arbitrar algún tipo de mecanismo por el que dar publicidad al hallazgo[684], en la línea de las previsiones del Código Civil. La propia legislación administrativa ofrece un antecedente en el régimen de los hallazgos marítimos de la Ley 60/1962, de 24 diciembre -normativa desplazada por la legislación cultural cuando los bienes reúnan las características del Patrimonio Histórico-, en el que la falta de comparecencia del propietario, una vez cumplidos los trámites de publicidad que la Ley dispone, se resuelve en la atribución de los efectos hallados, según su valor, al descubridor o al Estado[685].

La omisión de un régimen de publicidad que esclarezca la titularidad patrimonial del objeto descubierto o que, subsidiariamente, determine la extinción de la titularidad previa,

---

[683] V. A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 614", cit., págs. 369-370.

[684] V. A. F. PANTALEÓN PRIETO, *ibídem,* 448.

[685] En este sentido, el Proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008 permite entender que la publicidad de los bienes hallados es compatible con la calificación como dominio público de los bienes culturales recuperados, si concluido el trámite no compareciera el propietario (art. 398.5 y 411). V. *BOCG. Congreso de los Diputados.* IX Legislatura, Serie A, núm. 14-I, de 19 de diciembre de 2008.

obliga a admitir el carácter revocable de la calificación de un objeto inicialmente considerado de dominio público como consecuencia del ejercicio de la acción reivindicatoria por el titular del objeto[686]. Porque, en definitiva, no basta el hecho del hallazgo y que el bien descubierto posea los valores propios del Patrimonio Histórico Español para que se adscriba al dominio público, sino que es requisito esencial que el bien carezca de dueño[687].

Desde otra perspectiva, el régimen del artículo 44.1 LPHE no sólo desplazaría la aplicación del régimen del tesoro, como se prevé expresamente, sino, en general, todas las formas de apropiación privada de bienes muebles reguladas bajo la rúbrica "Ocupación" en los artículos 610 a 617 del Código Civil, en la medida en que estemos ante el descubrimiento de bienes carentes de dueño que posean los valores del Patrimonio Histórico Español[688].

3.2.2.3.1.2. La proyección del dominio público al descubrimiento de bienes inmuebles

---

[686] V. A. F. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 614", cit., pág. 448. También plantea la reivindicabilidad de los bienes inicialmente declarados de dominio público J. L. MOREU BALLONGA, "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español…", cit., pág. 932.

[687] V. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico,* cit., pág. 789, J. L. MOREU BALLONGA, "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español…", cit., pág. 939 y J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, "Mecanismos de protección y financiación de la arqueología urbana", *RAP*, núm. 141, 1996, pág. 121.

[688] Es preciso recordar que, aquellos autores que rechazan la antigüedad como requisito del tesoro, no obstante, mantienen la exigencia de que se trate de un depósito *oculto*.

La inclusión de los hallazgos de bienes inmuebles en el dominio público plantea mayores problemas desde la perspectiva de la garantía patrimonial, particularmente por la ausencia de antecedentes de inclusión de los inmuebles en el régimen de los hallazgos arqueológicos. Quizás ello explique la escasa claridad del artículo 44.1 LPHE en su referencia a los inmuebles, sabedor el legislador de que en esta materia podía estar pisando arenas movedizas. Las dudas proceden de la consideración de que los inmuebles ocultos tengan un titular actual en virtud del artículo 350 del Código Civil, pese a que se haya perdido memoria de su existencia. Faltando en el hallazgo de estructuras y restos inmobiliarios el requisito de la carencia de dueño, el artículo 44.1 LPHE constituiría una medida materialmente expropiatoria y, en la medida en que no se dispone ninguna solución compensatoria por la privación, inconstitucional.

Sin embargo, el análisis de los antecedentes históricos del artículo 350 del Código Civil así como de la propia redacción y el contexto normativo en que se inserta permite, como se expuso[689], rechazar este planteamiento. De una parte, el interés del propietario, como límite intrínseco al alcance del artículo 350, resulta definido por la función social de la propiedad inmobiliaria, cuya concreción corresponde hoy a la normativa e instrumentos de planificación urbanísticos. De otra parte, de las remisiones a la legislación de aguas y minas que realiza el propio artículo 350 puede inferirse que el precepto opera en defecto de una disposición administrativa especial que individualice como objetos jurídicos autónomos bienes que se

[689] V. Capítulo III, epígrafe 2.1.2.2.

encuentren bajo la superficie, impidiendo su apropiación por el propietario del fundo. En este sentido, las leyes administrativas pueden lícitamente extraer del alcance del artículo 350 determinados elementos, en la medida en que sobre ellos no exista una titularidad actual, que vendrá dada por las facultades que integran el contenido del derecho sobre el bien inmueble en el que se opera el descubrimiento, delimitado por la función social. Hechas estas apreciaciones, la operación legislativa de adscribir al dominio público los restos inmobiliarios que se descubran no tiene *per se* alcance expropiatorio desde la perspectiva del artículo 350 del Código Civil. Cuestión diversa es la situación que se plantea cuando a raíz de un hallazgo se revisa por razones de protección -para reducirlo- el contenido patrimonial previamente reconocido al propietario inmobiliario en virtud de los instrumentos urbanísticos. En este caso sí cabría hablar propiamente de un despojo o privación patrimonial, pero ésta no se refiere a la titularidad de los elementos inmobiliarios puestos de manifiesto a raíz del hallazgo, sino al contenido urbanístico reconocido al propietario del fundo en el que se verifica el descubrimiento. El carácter casual del hallazgo o, por el contrario, la previa constancia o presunción de la existencia de restos arqueológicos en el subsuelo y la toma en consideración de la información arqueológica disponible en el momento de formulación de los diversos planes condicionan, en cualquier caso, el tratamiento de esta cuestión. De ahí que se postergue al estudio de la protección *in situ* de los restos arqueológicos.

La carencia de dueño, como requisito que ha de inspirar la interpretación del artículo 44.1 LPHE, impide que se puedan

adscribir al dominio público estructuras inmobiliarias emergentes o conocidas en la medida en que poseen un titular[690]. Aun cuando en términos amplios pueda hablarse de un hallazgo o descubrimiento, en sentido estricto tal hallazgo recaerá propiamente sobre los valores arqueológicos o culturales que resultan desvelados merced al trabajo de los técnicos, pero no sobre el soporte material del mismo, que ya habría sido apropiado y cuya titularidad no es posible cuestionar. Por esta razón, no parece que pueda sostenerse que el descubrimiento de pinturas rupestres en una cueva de titularidad privada se salde con el ingreso en el dominio público de la porción de pared o superficie donde se ubiquen[691], sin perjuicio de que se desplieguen sobre el bien-soporte las medidas protectoras que requiera la conservación.

Un cierto eco de estas cuestiones se encuentra en la referencia específica al hallazgo de restos inmobiliarios de carácter cultural imbricados en la estructura arquitectónica de un edificio emergente. El artículo 44.5 LPHE excepciona "*el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural*" de la aplicación de los apartados precedentes–dominio público, régimen de comunicación de los hallazgos y premio-, sin perjuicio de que deba notificarse el hallazgo a la Administración cultural en un plazo máximo de treinta días. El precepto, que trae causa del artículo 51.3 del Proyecto de Ley de 1981, fue modificado durante su tramitación parlamentaria para

---

[690] V. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español…*, cit., pág. 788.

[691] Posibilidad sugerida por J. BARCELONA LLOP, "El dominio público arqueológico", cit., pág. 159.

suprimir la necesidad de que el propietario del inmueble declarado de interés cultural lo restaurara íntegramente a sus expensas. La eliminación de este inciso se justificó en la idea de que los bienes descubiertos han de carecer de titular para que puedan incorporarse al dominio público. Desde esta perspectiva, el hecho de que el propietario del inmueble emergente costee o no la restauración nada indica sobre la situación patrimonial de los restos descubiertos que, al estar vinculados a la trama arquitectónica, pertenecen al propietario del inmueble[692]. Sin embargo, para mantener la coherencia del argumento hubiera sido necesario suprimir que el inmueble haya sido declarado de interés cultural, circunstancia que resulta igualmente ajena a la cuestión de la titularidad de los restos[693]. Si en relación al hallazgo de estructuras inmobiliarias en el subsuelo es posible sostener que el legislador puede lícitamente extraer bienes de la ficción de *continuum* que a efectos jurídicos crea el artículo 350

---

[692] La enmienda, finalmente aceptada, fue propuesta y defendida por el diputado Álvarez Álvarez, quien arguyó ante la Comisión que "*aunque* [el propietario] *lo restaure o no a sus expensas, el hecho es que aquello forma parte del edificio, está en el edificio y ha sido hallado allí. Puede ser fruto de una restauración, de un hallazgo casual, de unas obras que se realicen, fruto de mil circunstancias que no deben privarle de la titularidad de lo que forma o formaba parte de la estructura arquitectónica de un inmueble*", en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Cultura,* II Legislatura, núm. 266, 14 de febrero de 1985, págs. 8295-8296. Argumento que reiteró ante el Pleno del Congreso: "[c]*reemos que se debe eliminar este inciso, porque en ningún caso puede considerarse que los bienes que forman parte de la estructura arquitectónica de un inmueble no tienen dueño, sino que se sabe perfectamente quién es, que es el dueño del inmueble. Entonces la norma general que se contiene a lo largo de todo el artículo 44 no debe aplicarse aquí y no debe quedar subordinada a que el propietario lo restaure íntegramente...*", en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno,* II Legislatura, núm. 186, 28 de febrero de 1985, pág. 8575.

[693] Esta idea fue también defendida por el Diputado Álvarez Álvarez, aunque esta vez sin éxito, v. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno,* II Legislatura, núm. 186, 28 de febrero de 1985, pág. 8582. Crítica la redacción final del artículo 44.5 LPHE en *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español…*, cit., págs. 798-800.

del Código Civil, en el caso del hallazgo de restos que se insertan en la estructura arquitectónica de un inmueble emergido es dudoso que pueda operar de la misma manera. La posesión de valores culturales en los restos descubiertos no es un criterio con entidad jurídica para desvirtuar la conexión estructural, física, que se da con el inmueble en el que se integra: la unidad orgánica de la edificación –el propio precepto habla de "*partes integrantes*"[694] determina que los elementos descubiertos tengan ya un titular, aunque sean objeto de descubrimiento desde el punto de vista de los intereses culturales de que son portadores.

Las dudas que plantea la redacción del artículo 44.5 LPHE desde la perspectiva de la garantía patrimonial aumentan a la vista de la recepción que han hecho de su contenido algunas leyes autonómicas. Algunas de ellas se refieren al hallazgo de partes integrantes de inmuebles declarados de interés cultural sólo a efectos de eludir el abono del premio en los hallazgos casuales, obviando que, en tales casos, tampoco se consideran de dominio público[695]. En este punto, los términos de la LPHE al definir el ámbito objetivo de la demanialización obligan a una interpretación correctora de los preceptos autonómicos.

---

[694] La fórmula "*partes integrantes*" del artículo 44.5 LPHE acentúa la idea de pertenencia o adhesión respecto al propio Proyecto de Ley, donde figuraba "*objetos que formen parte de la estructura arquitectónica de un inmueble* […]".

[695] Es el caso de la LPCVas (art. 48.4), la LPHB (art. 63.3), la LFPCNa (art. 64.3). En Andalucía esta limitación del sentido del artículo 44.5 LPHE se introdujo por la vía del Decreto 19/1995, de 7 de febrero (art. 83.3), de desarrollo de la LPHA 1991.

3.2.2.4. Patrimonio cultural subacuático y dominio público

Una parte del Patrimonio Arqueológico está constituida por bienes culturales sumergidos, entre los que se encuentran estructuras inmobiliarias hundidas a raíz de cambios en la configuración geológica de la costa y, sobre todo, pecios y restos de naves naufragadas. En los antecedentes del régimen de los hallazgos se señaló la confusión que planteaba la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, al remitir a la legislación cultural la regulación de las extracciones de objetos históricos y arqueológicos[696]. La LPHE resuelve las dudas que planteaba la anterior normativa con una referencia explícita a los bienes históricos sumergidos en aguas jurisdiccionales españolas como parte del Patrimonio Histórico y, sobre todo, permite superar la contradicción en el régimen de atribución de los hallazgos marítimos, al haber dispuesto el ingreso en el dominio público de los bienes culturales descubiertos. En este sentido, el artículo 44.1 LPHE otorga pleno sentido a la excepción del régimen de las extracciones que el artículo 59 de la Ley 60/1962 preveía para los objetos históricos y artísticos así como a la exclusión del régimen de los hallazgos fortuitos, que contempla el artículo 22. Tercera para "[l]*as cosas que, por su naturaleza o por preceptos legales, estén exceptuadas del libre comercio*". No obstante, en hallazgos de apariencia reciente no parece oportuno prescindir del régimen de publicidad que arbitra la Ley 60/1962, sin perjuicio de que, agotado el plazo de seis meses concedido a los propietarios para la

[696] V. Capítulo III, epígrafe 2.2.4.

reclamación, los bienes descubiertos puedan ingresar en el dominio público si reúnen las características que señala la LPHE[697].

El tratamiento jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático plantea, sin embargo, otros problemas cuando se contrastan las determinaciones de la LPHE con el régimen internacional de los espacios marinos ya que, como se indicó, la ley estatal extiende territorialmente su eficacia al Patrimonio Arqueológico ubicado en el mar territorial y en la plataforma continental. Remitimos ahora a la exposición que se hizo entonces respecto al régimen de soberanía y jurisdicción que corresponde a España sobre los espacios marítimos adyacentes a sus costas en virtud de la CNUDM y el Derecho interno regulador de los espacios marítimos. A ellos hay que añadir las determinaciones relativas a la gestión y protección del Patrimonio Cultural Subacuático, establece la Convención UNESCO 2001, concretando las vagas referencias que contenía la Convención de Montego Bay[698]. Interesa en este punto detenerse exclusivamente en el alcance territorial que el dominio público establecido en el artículo 44.1 LPHE posee, es decir, si la demanialización alcanza a los bienes

[697] Esta parece ser la solución que prevé el Proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008 cuando afirma que el régimen de publicidad previsto se entiende sin perjuicio de que se proceda a dar a los bienes el destino que les corresponda según la legislación aplicable (art. 398.5 y 411). Lo que significa que la publicidad de los hallazgos sería compatible con la calificación como dominio público de los bienes culturales recuperados, si no compareciera el propietario dentro de los seis meses previstos. V. *BOCG. Congreso de los Diputados,* Serie A, núm. 14-I, de 19 de diciembre de 2008.

[698] V. Capítulo I, epígrafe 2.1.3. y Capítulo II, epígrafe 3.2.5.1. Con carácter general, v. la monografía de M. J. AZNAR GÓMEZ en *La protección internacional del Patrimonio Cultural Subacuático,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, a quien remitimos para una visión global del tema.

arqueológicos que se hallen en el mar territorial y en la plataforma continental.

Un punto de partida habitual en este análisis suele ser la propia declaración contenida en el artículo 132.2 CE, por el cual se declaran de dominio público estatal, junto a la zona marítimo-terrestre y las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Sin embargo, ese dominio público posee un alcance sustantivo que en nada justifica su extensión a los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico o, más ampliamente, del Patrimonio Cultural. Recordemos que el artículo 132.2 CE viene a constitucionalizar determinaciones que ya figuraban en la Ley 28/1969, de 26 de abril, de Costas, así como en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el mar territorial y la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre la zona económica exclusiva. De acuerdo con las disposiciones citadas así como con el Derecho Internacional vigente a la fecha de su adopción -los Convenios de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar, que España ratificó en 1971, y el Derecho Internacional consuetudinario que sería en gran medida codificado en la Convención de Montego Bay de 1982- debe comprobarse si puede sostenerse la extensión de la medida contemplada en el artículo 44.1 LPHE a los espacios marítimos exteriores al mar territorial.

3.2.2.4.1. Las facultades del Estado costero sobre el Patrimonio Histórico sumergido más allá del mar territorial según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Como se indicó, la Convención de 1982 es el primer texto internacional de *hard law* que contiene disposiciones relativas al

Patrimonio Arqueológico o Cultural sumergido, ninguna de las cuales autoriza a sostener que la Administración española pueda reclamar la titularidad como dominio público de los restos arqueológicos situados sobre la plataforma continental o en la zona económica exclusiva. Una de estas disposiciones se refiere a la Zona Internacional de los Fondos Marinos[699] -por lo que no afecta al análisis del alcance de la LPHE- y establece que los objetos de carácter arqueológico e histórico allí encontrados "*serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda 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 o arqueológico*" (art. 149 CNUDM).

La segunda disposición que contiene la CNUDM sobre Patrimonio Cultural sí afecta a la interpretación de la LPHE, ya que se formula para la zona contigua. En este espacio, como vimos, se permite a los Estados prevenir o sancionar las infracciones cometidas *en territorio nacional o en el mar territorial* de las leyes y reglamentos aduaneros, de contrabando, fiscales, de inmigración o sanitarios, lo que se ha alumbrado una suerte de ficción por la cual toda remoción no autorizada de restos arqueológicos en la zona contigua constituye un supuesto de contrabando que autorizaría al Estado a adoptar medidas preventivas o sancionadoras, la llamada "*zona arqueológica*". Presupone, según entiende la mayoría de la doctrina, un poder autorizatorio de las remociones, sin perjuicio de que más adelante se conmine a respetar los derechos de los propietarios identificables así

[699] La Zona Internacional de los Fondos Marinos es el espacio que se inicia a partir del margen de la plataforma continental o, en su caso, de las doscientas millas que conforman la zona económica exclusiva y que se encuentra fuera de toda jurisdicción de los Estados costeros (art. 1.1 CNUDM).

como las normas sobre salvamento u otras de Derecho marítimo (art. 303.3 CNUDM).

Confrontado lo que dispone el artículo 303.2 CNUDM para la zona contigua con el artículo 44.1 LPHE, la idea de que la Administración española pueda reivindicar como dominio público el Patrimonio Cultural sumergido en la zona contigua, con fundamento en la carencia de dueño de los restos y en el control exclusivo de las remociones que le corresponde como Estado costero, lo que la habilita para dar a los bienes el destino que la legislación nacional señale[700], implica un salto lógico para el que la CNUDM no ofrece suficiente apoyo. Una cosa es que, siguiendo los estándares arqueológicos que desde los foros internacionales propugnan la preservación *in situ*[701], el Estado costero deniegue sistemáticamente la autorización para remover los restos sumergidos, y otra es que esa potestad del Estado costero impida que particulares puedan adquirir título de propiedad sobre los bienes sumergidos de acuerdo con el *law of finds* o Derecho de los hallazgos marítimos, al que se aferran las conocidas empresas de cazadores de tesoros submarinos. De todas formas no parece probable que este tipo de empresas se embarquen en costosas campañas de investigación en la zona contigua con el único fin de descubrir y adquirir la propiedad de bienes históricos sumergidos si la explotación comercial de los restos –que requeriría forzosamente su traslado a tierra- no está garantizada. Por ello, el efecto esencial que se pretende con la

[700] V. BARCELONA LLOP, "Notas sobre el régimen..." cit., pág. 56.

[701]Por ejemplo, la Carta de Sofía o Carta Internacional para la Protección y la Gestión del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada por el ICOMOS en 1996.

extensión a la zona contigua del régimen de demanialización de los hallazgos de bienes históricos –evitar una apropiación por los particulares que ponga en peligro la información arqueológica y cultural que atesora el yacimiento- se alcanzaría igualmente con un ejercicio muy restrictivo de la facultad de control de las remociones que autoriza la Convención. En este sentido, juristas cercanos a las posiciones de los *commercial salvors* o buscadores de tesoros, conscientes de la virtualidad expansiva del precepto, han asumido de facto una equiparación de la jurisdicción arqueológica del Estado ribereño en el mar territorial y en la zona contigua[702].

La CNUDM guarda silencio sobre la suerte de los restos arqueológicos o históricos del lecho o del subsuelo marino que se extienden desde el borde exterior de las veinticuatro millas náuticas de la zona contigua y el inicio de la Zona Internacional de los Fondos Marinos. Sobre ellos se proyecta la obligación general de los Estados parte de proteger los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar (art. 303.1 CNUDM)[703]. El tenor del precepto, en cualquier caso, no ampara la pertenencia al Patrimonio Histórico Español de los bienes históricos situados sobre la plataforma continental, tal como dispone el artículo 40.1 LPHE, y menos aún el carácter demanial de los mismos.

---

[702] Así, es significativo que David J. BEDERMAN, en el proyecto de Convención Internacional sobre Exploración y Protección de Pecios Históricos elaborado para el *lobby* de los buscadores de tesoros submarinos –la *Professional Shipwreck Explorers Association* (ProSEA)- como contrapropuesta a los textos sobre los que trabajaba la UNESCO, postulara su aplicación a partir de las 24 millas de la zona contigua; v. BEDERMAN, D.J.: "The UNESCO Draft Convention on Underwater Cultural Heritage: A critique and counter-proposal", *Journal of Maritime Law and Commerce,* Abril, 1999, pág. 346.

[703] Sobre el alcance de esta obligación, v. AZNAR GÓMEZ, M. J.: *La protección internacional...,* cit., págs. 130-134.

Tampoco las facultades que la CNUDM reconoce al Estado ribereño sobre su plataforma continental dan cobertura a las pretensiones de la LPHE. En primer término, la soberanía del Estado se limita a la exploración y explotación de los *recursos naturales*, expresión bajo la que se contemplan exclusivamente "*los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias...*" (art. 77.4 CNUDM)[704]. El mismo desarrollo de los trabajos preparatorios de la Convención invalida la interpretación extensiva del concepto "recursos naturales" que incluya restos arqueológicos e históricos[705]. Precisamente, el reconocimiento implícito de la llamada "*zona arqueológica*" hasta el límite de las 24 millas náuticas (art. 303.2 CNUDM) fue la solución de compromiso a la que se llegó a raíz de la propuesta de algunos Estados mediterráneos (Grecia, Malta, Túnez, Yugoslavia e Italia), Portugal y Cabo Verde para el reconocimiento de derechos soberanos a los Estados costeros sobre los objetos de naturaleza histórica y arqueológica existentes sobre su plataforma continental a efectos de investigación, salvamento, protección y exhibición, aunque se contemplaran eventuales derechos preferentes de otros Estados. A la propuesta se opusieron Estados Unidos, Reino Unido y los Países Bajos, que temían un nuevo recorte de las ya

---

[704] En comentario al proyecto del precedente Convenio de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental, que igualmente reconoce al Estado costero derechos exclusivos para la explotación de los recursos naturales, la Comisión de Derecho Internacional rechazó que pudiera aplicarse a los pecios y sus cargos, *Yearbook of the International Law Comisión,* 1956, II, pág. 298, citado por RONZITTI, N., ob. cit., págs. 18 y 19.

[705] No pueden, por tanto, compartirse las reflexiones de J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico…*, cit., t. II., págs. 348-350, que extiende el dominio público estatal sobre la plataforma continental a cualquier bien que se encuentre localizado en la misma.

menguadas libertades en el ámbito de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva[706].

Por otra parte, la jurisdicción del Estado costero en la zona económica exclusiva en materia de investigación científica marina (art. 56.1.b. ii CNUDM) tampoco ampara pretensiones sobre el Patrimonio sumergido, toda vez que las potestades reconocidas se entienden vinculadas a los derechos del Estado sobre los recursos naturales[707] y a la protección y preservación del medio marino. La única vía que, indirectamente, podría dar cobertura a una potestad para ejercer cierto control sobre actividades que afecten al Patrimonio cultural yacente más allá de la zona contigua es el derecho exclusivo que corresponde al Estado ribereño para "*autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental*" (art. 81 CNUDM). Este precepto, combinado con el deber general de todos los Estados de proteger los objetos de carácter histórico y arqueológico hallados en el mar, como mucho habilitaría al Estado para fiscalizar las perforaciones que directamente tengan por objeto la investigación de restos arqueológicos o que, persiguiendo otros fines, puedan afectar al patrimonio sumergido, obligando a la adopción de ciertas cautelas arqueológicas[708].

Parece evidente que la pretensión de la LPHE de considerar los bienes históricos yacentes sobre la plataforma continental como

---

[706] V. al respecto RONZITTI, ob. cit., págs. 6 y 7.

[707] En el mismo sentido, TREVES, que se sirve de la caracterización de la investigación científica marina que realiza el art. 243 CNUDM; "Stato costiero...", cit., pág. 710.

[708] En este sentido, la normativa noruega o la práctica administrativa irlandesa citadas por RONZITTI, "Stato costiero..."cit., pág. 22.

Patrimonio Histórico Español y, por extensión, de dominio público, es difícilmente compatible con el Derecho internacional del mar plasmado en la Convención de Montego Bay. La demanialidad, tal y como se configura actualmente por nuestro ordenamiento jurídico, atrae un régimen de exclusividad o monopolístico en la gestión de los bienes vinculado a la titularidad, que no se concilia con el régimen de la plataforma continental o de la zona económica exclusiva en materias no atribuidas a la soberanía del Estado costero. No obstante, hay que decir que la normativa española no constituye el único ejemplo de afirmación de soberanía sobre el Patrimonio cultural yacente sobre la plataforma continental en el contexto del Derecho comparado[709]. En este sentido, cabría preguntarse si, por la vía de afirmaciones unilaterales de este género, sería posible la generación de una norma de Derecho internacional consuetudinario que admitiera dicha soberanía.

3.2.2.4.2. La posición del Estado costero en la Convención UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático

Tras la adopción en 2001 de la Convención para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (CPPCS) y su entrada en vigor el 2 de enero de 2009 no parece que pueda consolidarse como práctica internacionalmente admitida la pretensión del Estado

[709] TREVES indica el caso de la ley yugoslava de 13 de julio de 1987, que señala los objetos arqueológicos como parte de los recursos sobre los que el Estado ostenta derechos exclusivos como titular de la plataforma continental. Sin embargo, la generalidad de los Estados que extienden sus facultades en materia arqueológica más allá de las 24 millas se limitan a afirmar la potestad autorizatoria del Estado sobre las actividades de investigación arqueológica. V. TREVES, "Stato costiero...", cit., págs. 715-717.

costero de reclamar para sí la titularidad de los bienes culturales subacuáticos situados sobre la plataforma continental o en la zona económica exclusiva[710]. La Convención reconoce a los Estados costeros soberanía para la reglamentación y autorización de actividades sobre el Patrimonio Cultural Subacuático en aguas interiores y en el mar territorial (art. 7.1 CPPCS). Permite también a los Estados reglamentar y autorizar las actividades –no sólo las remociones- dirigidas al Patrimonio Cultural subacuático en la "zona arqueológica" que prevé el artículo 303.2 de la Convención de Montego Bay, es decir, la zona contigua o franja que se extiende desde las doce a las veinticuatro millas desde la línea de costa[711]. La Convención no cuestiona, por tanto, la declaración de dominio público de los restos que aparezcan en el mar territorial, conclusión que, es dudoso que pueda hacerse extensiva a la zona contigua[712]. Cuestión diversa es el tratamiento que en aguas jurisdiccionales merecen los buques y aeronaves de Estado[713] de bandera distinta al

---

[710] A pesar de su reducida eficacia, ya que son pocos aún los Estados que han procedido a ratificarla, el hecho de que la CPPCS fuera adoptada por 87 votos a favor, frente a 4 en contra y 15 abstenciones, ofrece pistas suficientes acerca de por dónde puede transitar en los próximos años la práctica internacional; v. al respecto M. AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional...*, cit., págs. 457-463

[711] Salvando los deberes de información y notificación que, con carácter general, se establecen para los hallazgos en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental en los arts. 9 y 10 CPPCS.

[712] Puede resultar ilustrativo a tal efecto señalar que el artículo 412 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008, actualmente en tramitación, remite a los tratados internacionales "*la extracción y aprovechamiento de objetos arqueológicos e históricos situados más allá del mar territorial español*", sin perjuicio de que las extracciones en la zona contigua se sujeten a autorización administrativa (art. 412). Parece, por tanto, que la nueva Ley definitivamente acotaría el ámbito de plena vigencia de la LPHE a la franja de doce millas adyacentes a la línea de costa. V. *BOCG. Congreso de los Diputados*. Serie A, núm. 14-1, de 19 de diciembre de 2008.

[713] Los buques y aeronaves de Estado son buques de guerra y otros navíos o aeronaves pertenecientes a un Estado o utilizados por él y que al momento de su

Estado costero. La Convención ha optado por no pronunciarse sobre el régimen de titularidad que les es aplicable y se limita a establecer que las administraciones se atengan a las normas de Derecho Internacional y a la práctica de los Estado relativas a las inmunidades soberanas (art. 2.8 CPPCS). Tal práctica, a día de hoy, se caracteriza por la imprescriptibilidad de dicha inmunidad y por la necesidad de un abandono expreso para que el Estado de pabellón pierda la titularidad. No obstante, la Convención, establece que los Estados costeros *"de conformidad con la práctica general observada entre los Estados con miras a cooperar sobre los mejores métodos de protección* […] *deberían informar"* a los Estados interesados del descubrimiento de buques y aeronaves de Estado en sus aguas jurisdiccionales (art. 2.3 CPPCS). En el plano normativo no hay, por tanto más que la formulación de un deber de cortesía cuya concreción y resultados prácticos quedan finalmente en manos del Estado costero. En la adopción de un criterio al respecto pesa necesariamente, la posición de aquel como titular, a su vez, de buques y aeronaves de Estado ubicados en aguas jurisdiccionales de terceros Estados. En este sentido, es previsible que la práctica de las autoridades españolas se mantenga respetuosa con el reconocimiento de titularidades ajenas sobre pecios localizados en sus aguas jurisdiccionales[714], ya que una

---

hundimiento fueran utilizados únicamente para un servicio público no comercial (art. 1.8 CPPCS). Sobre las dificultades que plantea esta definición, v. M. J. AZNAR GÓMEZ, *La protección internacional…,* cit., págs. 278-279.

[714] Así lo acredita el comportamiento de las autoridades españolas en el caso Sussex que, a la postre, se saldó en una operación que violaba la legislación española por parte de Odissey, al amparo del contrato que había suscrito la compañía con el Gobierno británico para la recuperación de los restos, v. Capítulo II, epígrafe 3.2.5.2. Por otra parte, el Proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008 excluye expresamente los buques y aeronaves de Estado de la regla general de adquisición por el Estado de toda nave a los tres años de su hundimiento, el abandono requeriría en estos casos una declaración expresa (art. 404), v. *BOCG.*

práctica diversa comprometería el éxito de las, cada vez más frecuentes, reclamaciones españolas en el extranjero[715]. Todo ello sin que implique una renuncia o abdicación al ejercicio de la potestad autorizatoria sobre las actividades que tengan por objeto estos pecios, dado que, pese al estatuto de inmunidad soberana, son bienes del Patrimonio Cultural Subacuático y como titular de los espacios en que se ubican ha de velar por que las actividades que se desarrollan sobre estos bienes se ajuste a las normas y protocolos técnicos que demanda la investigación arqueológica subacuática.

Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, núm. 14-I, de 19 de diciembre de 2008.

[715] Hay que resaltar como desde mediados de los noventa el Estado español ha puesto fin a la pasividad con la que asistía en el pasado al despojo arqueológico de sus buques hundidos en aguas internacionales o de terceros Estados. Destaca el conflicto planteado ante los tribunales estadounidenses contra la empresa de "cazatesoros" Sea Hunt por la recuperación de los restos de las fragatas La Galga de Andalucía y Juno, hundidas en 1750 y 1802 respectivamente frente a las costas de Virginia, en aguas actualmente de soberanía norteamericana, resuelto finalmente a favor de las autoridades españolas; V. los comentarios de M. J. AZNAR GÓMEZ, en "La reclamación española sobre los galeones hundidos frente a las costas de los Estados Unidos de América: el caso de La Galga y la Juno", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. LII-2000, núm. 1, págs. 247-253; y *La protección internacional...,* cit., págs. 348-361. Se discute actualmente en tribunales estadounidenses la reclamación del Gobierno español contra la empresa Odissey por los restos de la fragata Nuestra Señora de La Mercedes, en este caso, un buque hundido en 1804 por barcos ingleses en aguas internacionales, en aguas del Atlántico próximas al estrecho de Gibraltar. En primera instancia se ha resuelto la devolución a las autoridades españolas del cargamento de monedas que portaba, considerando que se trata de un buque de Estado, por lo que se extiende tanto al buque como a su cargamento la soberanía española. En esa misma resolución se rechazan la pretensión de Perú sobre las monedas descubiertas, que alegaba ser el país de origen de las mismas. Está pendiente aún la resolución de la apelación planteada por Odissey, fundada en que la fragata desarrollaba un servicio comercial y no militar cuando fue hundida. V. F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, "El asunto de "Nuestra Señora de La Mercedes" (Odissey)", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 17, 2009, en el sitio http://www.reei.org/reei17/doc/articulos/articulo_CARRERA_FJesus.pdf y http://www.elpais.com/articulo/cultura/Odyssey/quiere/devolver/tesoro/hundido/Espana/elpepucul/20100121elpepucul_9/Tes .

En cuanto a los restos situados en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, su gestión se somete al sistema de informaciones y consultas internacionales que instaura la Convención sin que al Estado ribereño pueda actuar unilateralmente, salvo para autorizar o prohibir tales actividades "*para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o en su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional*" (art. 10.2 CPPCS), esto es, en la medida en que puedan interferir en el disfrute y explotación de los recursos naturales y demás potestades reconocidas por la CNUDM. Este régimen, lógicamente, es incompatible con la pretensión de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción arqueológica tal como plantea la LPHE sobre la plataforma continental y con la aplicación a los bienes descubiertos de la calificación de dominio público, en términos de atribución de titularidad. Por el contrario, la Convención UNESCO *colectiviza* los pretendidos derechos exclusivos del Estado ribereño[716]. Resulta, por ello, desconcertante que el Consejo de Estado no citara la LPHE en la relación de disposiciones que pueden verse afectadas por la ratificación de la Convención y que justifica su autorización por las Cortes Generales[717].

Sin perjuicio de estas consideraciones, es preciso subrayar que la Convención UNESCO aplica un estatuto a los bienes del Patrimonio Cultural Subacuático que, en términos prácticos, cumple una función análoga a la que desempeña la demanialización que opera el artículo 44.1 LPHE. Conscientes de los problemas que

---

[716] Son palabras de M. AZNAR GÓMEZ, quien califica el régimen urdido como un "*sistema de protección cooperativa*", en *La protección internacional...*, cit., págs. 261 y 263, respectivamente.

[717] v. Dictamen del Consejo de Estado núm. 2407/2003, de 4 de septiembre.

deparaba cualquier disposición relativa a la titularidad de los bienes o a la adquisición de la propiedad de los mismos, la Convención elude todo pronunciamiento en esos términos. Sin embargo afirma como uno de los principios generales de la regulación que "[e]*l patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial*" (art. 2.7 CPPCS). Este principio se desarrolla en la Norma 2 del Anexo, que declara como incompatible con la Convención "[l]*a explotación comercial* […] *que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable"* y añade que "[e]*l patrimonio cultural subacuático no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial*". La Convención explicita además que las normas sobre salvamentos y hallazgos no se aplicarán a cualquier actividad relacionada con este patrimonio a no ser que, además de estar autorizada, "*esté en plena conformidad de la presente Convención*" y "*asegure que toda operación de recuperación* […] *se realice con la máxima protección de éste*" (art. 4 CPPCS). Es decir, en la práctica quedan proscritas las adquisiciones con fundamento en el *law of finds* por cuanto la naturaleza y el motor de todas las actividades de salvamento y extracción es, fundamentalmente, la obtención de un beneficio con la venta de los efectos extraídos y el efecto que irremediablemente traen consigo es la destrucción de los contextos y la dispersión de los bienes.

Aunque la Convención no decida el destino patrimonial de los bienes culturales subacuáticos confirma, en definitiva, la idea de que la aplicación de un régimen de apropiación iusprivatista no es conciliable con la protección del Patrimonio Arqueológico. Además, proyectada a la solución por la que opta el legislador español, la Convención UNESCO refuerza el sentido funcional con el que debe ser interpretado el dominio público, de manera que el acento recaiga,

más que en el ingreso en el patrimonio de una u otra administración, en la imposibilidad de apropiación por los cauces civiles, como garantía de una gestión ordenada a la protección y a la obtención de información de estos bienes con arreglo a métodos científicos.

3.2.2.5. Dominio público de los hallazgos culturales y potestades demaniales

La consagración del dominio público no va acompañada en la LPHE de ningún régimen propiamente demanial. Es decir, no hay un desarrollo jurídico de las consecuencias y facultades que implica la demanialidad. La invocación del dominio público, en todo caso, atrae las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad sobre los bienes y conlleva, aunque no se explicite, el ejercicio de las potestades demaniales, pues a través de éstas se expresa la titularidad[718]. Dicho ejercicio correspondería ordinariamente a las Comunidades Autónomas, ya sea por la asunción explícita de titularidad sobre los bienes descubiertos que efectúan las leyes autonómicas, ya sea en virtud de la competencia autonómica ordinaria sobre el Patrimonio Cultural. Se apartan de esta regla los supuestos de atribución de la titularidad a las entidades locales[719] o aquellos en que la titularidad estatal sobre los hallazgos

[718] Art. 41 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

[719] La LPHB atribuye la titularidad a los consejos insulares (art. 60.3), pero permite que puedan ingresar en el patrimonio de otras administraciones si abonan los derechos económicos derivados del hallazgo casual. Esta posibilidad se reconoce también en la LPCCat (art. 53) y la LPHM (art.46.1).

culturales está ligada a la competencia cultural del Estado por la gestión de servicios de su competencia[720].

Los bienes que integran el dominio público del artículo 44.1 LPHE no son cualitativamente diversos de los bienes arqueológicos o culturales de propiedad privada. La investigación de los bienes de naturaleza demanial resulta, por esta razón, especialmente compleja pues recae de ordinario sobre bienes cuya existencia no constaba previamente. En el ejercicio de esta potestad adquiere una importancia sustancial la determinación de la fecha de descubrimiento de los bienes, pues de este dato depende que sean de dominio público. Sin embargo, precisar la fecha en que se ha producido un hallazgo resulta extraordinariamente difícil una vez que los bienes han sido extraídos de su contexto y reintroducidas en el mercado, salvo que existan testigos del expolio de las piezas. Sólo un conocimiento muy completo y preciso de los bienes del Patrimonio Cultural que se encuentran en circulación a través de las actividades de inventario y un seguimiento de las sucesivas transmisiones de que son objeto permite paliar este problema. En este sentido, la LPHE contempló el deber de propietarios y poseedores de bienes muebles del Patrimonio Histórico que reunieran ciertas características determinadas reglamentariamente de informar de su existencia a la administración antes de proceder a su

[720] Si, con el aval de la STC 17/1991, el Estado tiene la competencia cultural sobre los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional (art. 6.1.b) LPHE), cabe pensar que devenga titular de los bienes descubiertos en espacios afectados a la prestación de tales servicios.

venta o transmisión a terceros (art. 26.4 LPHE)[721], obligación que se hace extensiva a las personas y entidades que habitualmente se dediquen al comercio de este tipo de bienes. Disposiciones análogas para facilitar la realización del inventario y, subsiguientemente, el ejercicio de derechos de adquisición preferente, se encuentran en las leyes autonómicas[722].

Específicamente orientado a la recuperación de bienes que pertenecen al dominio público por razón de su descubrimiento, algunas leyes autonómicas han precisado el deber de declarar la existencia de todo objeto arqueológico que se posea por cualquier circunstancia desde antes de su entrada en vigor, deber que afecta a todo poseedor, ya sea persona privada o ente público, y para cuyo cumplimiento se concede un plazo que oscila entre uno y dos años[723]. En alguna de estas leyes se especifica la necesidad de dar cuenta de "*las condiciones de su obtención* [del título que habilita a la posesión de

---

[721] El art. 26 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, en la redacción dada por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, precisa las características y valor económico que han de reunir los bienes muebles para que nazca este deber de información. A él se asocia en la LPHE la previsión de exenciones fiscales y de responsabilidades a los propietarios y poseedores que comunicaran su existencia, al margen de enajenaciones y transmisiones, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LPHE (Disposición Transitoria Tercera).

[722] El deber de información va frecuentemente unido a las enajenaciones o transmisiones o a la realización de subastas de bienes del Patrimonio Cultural: así en LPHA 1991 (art. 18.5), LPCCat (art. 22), LPCAr (arts. 49 y 52.3), LPHCEx (art. 25), LFPCNa (art. 49.1). Pero también aparece vinculado al mero hecho de la posesión o titularidad de los bienes: en LPCCat (art. 40), LPHB (art. 43), LPHCEx (art. 46), LPCAs (art. 41), la LPCCyL (Disposición Transitoria Primera 1, aunque referida al Patrimonio Arqueológico), LFPCNa (art. 50.2).

[723] Es pionera en la previsión de este deber la LPHM en 1998 (Disposiciones Transitorias Tercera y Quinta). Contienen previsiones análogas la LPCCant (art. 86.1, Disposición Transitoria Cuarta 1), la LPHCan (Disposición Transitoria Cuarta 1), la LPCHALR (Disposición Transitoria Cuarta 1), LPCMu (Disposición Transitoria Cuarta) y LPHA 2007 (art. Disposición Transitoria Cuarta 1).

esos bienes]"[724]. Se vincula a este deber de información la obligación de entrega de aquellos bienes que tuvieran la consideración de dominio público. Sin embargo, la redacción de muchas de estas disposiciones plantea no pocos problemas que exigen un esfuerzo interpretativo. En primer término, la mayoría de las leyes remiten a una "legislación aplicable" no precisada[725], que determina la condición demanial de ciertos bienes del Patrimonio Cultural. Esta ley no puede ser otra que la LPHE. Sin embargo, alguna disposición autonómica sitúa erróneamente en la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 el nacimiento del dominio público de los hallazgos culturales[726] o la menciona como límite al alcance temporal de los deberes de declaración y entrega de objetos arqueológicos[727]. No puede darse otro alcance a estos preceptos que facilitar a las administraciones autonómicas el conocimiento del estado posesorio o de la titularidad de los bienes que se encuentran en el tráfico

---

[724] Se trata de la LPCCant, la LPHCan y LPHA 2007 (ésta exige que se informe del "*título de adquisición válido en Derecho*", en las disposiciones citadas arriba.

[725] V. LPHM (Disposición Transitoria Quinta), LPCCant (art. 86.1 y Disposición Transitoria Cuarta 2), LPHCan (Disposición Transitoria Cuarta 2), la LPCHALR (Disposición Transitoria Cuarta 2). Resulta incomprensible la redacción del deber de entrega en la LPCMU que afirma "[l]*os objetos o restos arqueológicos o paleontológicos adquiridos por particulares, pese a tener la consideración de dominio público, deberán ser entregados a la dirección general con competencias en materia de patrimonio cultural en el plazo previsto en el apartado anterior*" (Disposición Transitoria Cuarta), ya que es precisamente la condición de dominio público la que justifica la entrega y, en su caso, la recuperación de oficio.

[726] La LPHCan, al disponer en su art. 61 que "[l]*os objetos arqueológicos, en especial los pertenecientes al pasado aborigen canario, ya descubiertos o que lo sean en el futuro...son bienes de dominio público*" pretende extender su eficacia a la Ley de Excavaciones de 1911. Así lo evidencia la Exposición de Motivos en la que se afirma que "[l]*a Ley desarrolla la declaración establecida por la legislación española desde 1911, y reiterada en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, del dominio público de todos los objetos arqueológicos*".

[727] LPCCant (art. 86.1).

jurídico desde 1911, pero sin que pueda concluirse un deber de entrega de aquellos que fueron descubiertos antes de 1985[728].

Por otra parte, en virtud de la LPHE, el descubrimiento es el momento jurídicamente relevante para el ingreso en el dominio público. Por ello resultan inexactas las disposiciones autonómicas que refieren la legislación aplicable al *momento de la adquisición* por el actual propietario o poseedor[729] como determinante del deber de entrega de los bienes. Conviene recordar que el carácter prospectivo de la demanialización que efectúa el artículo 44.1 LPHE permite el comercio de bienes arqueológicos que se encontraran en posesión de los particulares desde antes de su entrada en vigor. La adquisición que, eventualmente, resultaría determinante es la de tipo originario en la que media un descubrimiento, no la adquisición derivada de la que trae causa la posesión que ahora se obliga a declarar. Piénsese en el descubrimiento de un bien mueble de valor histórico antes de 1985, cuya propiedad fue adquirida originariamente por un particular a través de cualquiera de los cauces que reconocía la normativa anterior a la LPHE –por aplicación del régimen civil del tesoro o por atribución al hallador o explorador de conformidad con la Ley de Excavaciones de 1911 o la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933-. La LPHE permite que ese bien conserve su estatus

---

[728] J. BARCELONA LLOP señala que se trataría de "*una privación expropiatoria sin la debida contrapartida indemnizatoria*", en "El dominio público arqueológico", cit., pag. 164. El autor propone, como interpretación del art. 86.1 LPCCant conciliable con la Constitución, que la potestad autonómica de recuperación de oficio pueda alcanzar a bienes históricos que tuvieran carácter de dominio público antes de 1985, bien que con fundamento diverso a la Ley de Antigüedades de 1911. También, v. la crítica de J. M. ALEGRE ÁVILA al art. 86.1 LPCCant en "Patrimonio Histórico, cultura y Estado Autonómico", *PCyD*, núm. 5, 2001, págs. 162 y 163.

[729] V. LPHM, LPCCant y LPCHALR, en las disposiciones citadas.

patrimonial a lo largo de las sucesivas transmisiones, sin perjuicio de que la Administración cultural pueda adquirirlo ejercitando los derechos de tanteo y retracto en los términos legalmente previstos o, incluso, mediante procedimiento expropiatorio. El poseedor o, en su caso, el titular de ese bien podrá estar obligado a comunicar su existencia y, eventualmente, las circunstancias de su obtención, pero en ningún caso se verá afectado por el deber de entrega, puesto que, en virtud de la legislación aplicable al momento de su descubrimiento, es un bien de propiedad privada. A ese bien, en su caso, le serán aplicables las consecuencias jurídicas derivadas de la inclusión en algunas de la categorías de protección que exigen una declaración formal administrativa o en la más genérica de Patrimonio Cultural o Histórico de la Comunidad Autónoma, pero ninguna de estas circunstancias comporta una transferencia coactiva de su titularidad.

Transcurrido el plazo para comunicar la existencia de los bienes y, eventualmente, entregar los que resultaran de dominio público, la administración podrá proceder a la recuperación de oficio. Algunas disposiciones añaden que transcurridos estos plazos "*será considerada su posesión* [de los bienes arqueológicos] *ilegal*"[730], una afirmación que puede considerarse redundante ya que toda posesión de bienes demaniales sin título que lo justifique es ilegal. De este modo las leyes autonómicas han concedido una suerte de precario a los poseedores de bienes arqueológicos sin título en tanto expiran los plazos de comunicación y entrega. Llegado ese momento, cabe preguntarse si el ejercicio de la recuperación de oficio no resulta

[730] V. LPHM y LPCHALR, en las disposiciones citadas *supra.*

facilitado por el incumplimiento por los propietarios y poseedores de bienes arqueológicos del deber de comunicación de la existencia de tales bienes. Es decir, si puede entenderse que pesa sobre la posesión no comunicada una presunción de ilicitud que traslada sobre el propietario o poseedor la carga de la prueba del título y allana el ejercicio de las potestades demaniales. No queda claro en las disposiciones comentadas arriba, ya que lo que literalmente se califica como ilegal es la posesión de bienes que en razón de la legislación fueran de dominio público, no de todos aquellos cuya existencia no fue comunicada a la Administración. Sin embargo, esta idea sí ha sido explicitada con fortuna en la LPHA 2007, que formula una presunción de demanialidad de todos los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico de los que no se haya dado noticia a la Administración en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disposición Transitoria Cuarta 2). Se trata, en cualquier caso, de una presunción *iuris tantum* que puede destruirse con la acreditación de que los bienes fueron adquiridos por cualquier título válido en Derecho anterior a la fecha de entrada en vigor de la LPHE o que, siendo posterior a dicha fecha, traiga causa de otro título válido en Derecho anterior a la vigencia de la LPHE[731]. De este modo queda además perfectamente delimitado el alcance temporal de del dominio público.

[731] Alguna idea de inversión de la carga de la prueba de la titularidad de los bienes arqueológicos se aprecia en la frecuente previsión como medida cautelar - en ocasiones, como sanción accesoria- del depósito de los bienes muebles del Patrimonio Cultural que se encuentren en posesión de personas que se dedican habitualmente al comercio y *no puedan acreditar su adquisición o posesión lícita*; v. LPCG (art. 98.3), LPHB (art. 115), LPCAr (art. 109.3), LPHCEx (art. 93.5), LFPCNa (art. 112.2) y LPCMu (art. 80).

La potestad de recuperación de oficio de estos bienes, expresamente invocada en diversas leyes autonómicas de Patrimonio Cultural[732] y cuyo ejercicio está en todo caso amparada por las leyes reguladoras de los bienes de titularidad autonómica, resulta en cierta medida *sui generis*, ya que no concurre propiamente en estos casos el presupuesto de hecho de una pérdida indebida de la posesión o usurpación. Se tratará, por lo general, de bienes que nunca han sido poseídos por la Administración, ya que el apoderamiento por los particulares se produce desde el mismo instante del descubrimiento. En este sentido, el ejercicio de la potestad, más que una recuperación, implica una toma de posesión por la Administración competente, asemejándose a la acción administrativa que contemplara la Ley de Patrimonio de 1964 para la toma de posesión por el Estado de los inmuebles vacantes, cuya titularidad se le atribuía *ex lege*[733].

El ejercicio de potestades demaniales se enfrenta a dificultades específicas cuando recae sobre bienes muebles, que fueron apuntadas al tratar la intervención legislativa autonómica. Los problemas derivan del sentido patrimonialista con que se concibe la titularidad del dominio público en las leyes de Patrimonio Cultural: dicha titularidad, que presenta un carácter exclusivo y excluyente, se vincula a que los bienes sean descubiertos en el territorio regional.

---

[732] V. LPHM, LPCCant, LPHCan, LPCHALR y LPCMu, en las disposiciones citadas *supra.*

[733] La Ley de Patrimonio del Estado de 1964 permitía la toma de posesión por el Estado de los inmuebles vacantes en vía administrativa siempre que no estuvieran siendo poseídos o, en su caso, esta posesión fuera inferior a un año (art. 21). La actual Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas sólo permite la toma de posesión en vía administrativa cuando no exista poseedor a título de dueño, de lo contrario deberá acudir a la jurisdicción civil (art.17).

De ahí que la demostración de que los bienes provienen de un yacimiento ubicado en la Comunidad Autónoma se erija, junto a la acreditación de la fecha de descubrimiento, para la recuperación de los bienes. De este modo, en vía judicial se ha anulado la incautación de bienes arqueológicos que se encontraban en los domicilios de personas sorprendidas en el expolio de un yacimiento, por no haberse podido demostrar la vinculación de dichos bienes al yacimiento en cuestión y, en general, a un origen geográfico concreto[734]. La estricta territorialidad autonómica permite además burlar el ejercicio de las potestades de defensa del dominio público simplemente sacando los bienes de la Comunidad Autónoma de procedencia. Muchas de estas ineficiencias en la tutela demanial se explican porque la regulación común toma como referencia a los inmuebles y resulta inadecuada en su proyección al dominio público mobiliario. En cualquier caso, quizás un entendimiento en clave funcional del dominio público podría permitir en los supuestos indicados el ejercicio subsidiario de las potestades demaniales por el Estado al amparo de la competencia de defensa contra la expoliación.

La extensión del dominio público al hallazgo de bienes inmuebles no se acompaña en el plano legislativo de la previsión de la potestad de deslinde a pesar de la imbricación entre restos de titularidad privada y restos de dominio público a la que aboca el artículo 44.5 LPHE. Sin embargo, desde una perspectiva arqueológica, la práctica del deslinde para delimitar los elementos singulares que se integran en el dominio público carece de sentido, puesto que la preservación del yacimiento como fuente de

[734] Sentencia del TSJ Aragón de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005\198279).

información histórica no se alcanza a través de la individualización jurídica de unos bienes con el fin de atribuir su titularidad a la Administración. El deslinde que regulan las leyes de patrimonio de las Administraciones públicas no sirve a los fines de la intervención pública en la arqueología y queda superado por los procedimientos administrativos para la declaración de zonas arqueológicas, zonas de servidumbre arqueológica u otras figuras para la protección de los yacimientos, que tienen como resultado la proyección de un régimen sobre un espacio considerado en su integridad y no sobre cada uno de los elementos singulares que, por reunir las notas del artículo 44.1 LPHE, integran el dominio público. Este escenario normativo alumbra la idea de que la protección del Patrimonio Arqueológico inmobiliario no pasa necesariamente por que los restos descubiertos sean de dominio público, aunque se trate de una operación constitucionalmente viable.

4. LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL DOMINIO PÚBLICO EX ARTÍCULO 44 LPHE COMO GARANTÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN ARQUEOLÓGICA

La LPHE marca un hito en el tratamiento dispensado a los hallazgos de bienes culturales con la previsión de su ingreso en el dominio público. La Ley hace explícito e incuestionable el desplazamiento del régimen civil y lleva a sus últimas consecuencias la publificación del régimen de los hallazgos que se inicia con la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911. El deber para los poderes públicos que formula el artículo 46 de la Constitución de garantizar la protección y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico presta respaldo constitucional a la decisión del legislador estatal que, de este modo, define

negativamente el ámbito objetivo de aplicación de los modos de adquisición de la propiedad que contempla el Código Civil. La LPHE deja ordinariamente en manos de las Comunidades Autónomas la gestión de estos hallazgos, como administraciones que ostentan la competencia general sobre el Patrimonio Cultural. Esto significa que la concreción de los bienes y elementos singulares sobre los que se proyecta la declaración del artículo 44.1 LPHE así como el ejercicio de las potestades que implica la titularidad del dominio público corresponde, como regla general, a las administraciones culturales autonómicas.

El escenario normativo que dibujan la LPHE y las leyes autonómicas de Patrimonio Cultural, sin embargo, reúne dos elementos cuya conciliación resulta problemática. Por una parte, se explicita un régimen de hallazgos que, en parte por la inercia de la legislación histórica y por el poso del régimen civil que desplaza, se adecúa en esencia a la protección de elementos singulares –el objeto, la estructura inmobiliaria individualizada-. Este régimen de hallazgos se inserta, sin embargo, en un contexto normativo que adopta como criterio configurador del Patrimonio Arqueológico la aplicación de metodologías arqueológicas y postula una consideración holística de éste, con integración de los contextos. Combinados ambos elementos resulta en una inflación de los bienes calificados de dominio público que, además de ocasionar problemas de gestión, contradice la naturaleza excepcional que debe revestir la decisión de extraer del tráfico jurídico común una serie de bienes. Una vía de superación de estas dificultades puede venir del orillamiento de un concepto de dominio público anclado en la noción de titularidad y en el ingreso de bienes en los patrimonios de las Administraciones autonómicas, en favor de una concepción

estrictamente funcional que asocie, con carácter general, la extracomercialidad de los bienes descubiertos a la garantía del proceso de investigación arqueológica y a la desincentivación de las actividades de expolio. Por eso - además de por el respeto a las titularidades adquiridas- la medida tiene carácter prospectivo y se proyecta a partir del descubrimiento. Cumplidas aquellas finalidades, no parece justificado que la totalidad de los bienes implicados en este proceso permanezcan con carácter indefinido en un estatus demanial, particularmente si se tiene presente que, por su carácter funcional, la regulación del Patrimonio Cultural permite en gran medida superar la dicotomía entre bienes públicos y bienes privados.

Esta conclusión se refuerza a la vista de la escasísima regulación que ofrecen tanto la LPHE como las leyes autonómicas de los bienes culturales o arqueológicos como bienes de dominio público en virtud de su descubrimiento. La LPHE agota su regulación en la previsión del artículo 44, sin mención alguna al ejercicio de potestades demaniales ni previsión de un régimen de policía específicamente demanial. Ciertamente, la ley estatal sujeta a disciplina administrativa las actividades que tienen por objeto el Patrimonio Arqueológico y recoge cautelas como la previsión de los deberes de comunicación de hallazgos o la protección preventiva de los yacimientos que hayan sido declarados zonas arqueológicas. Pero estas determinaciones normativas no son consecuencia necesaria del carácter demanial de los bienes del artículo 44.1 LPHE, como demuestra la existencia de antecedentes en la legislación histórica patrimonial en la que los hallazgos eran, por regla general, apropiables por los particulares. Tampoco las Comunidades Autónomas, como titulares de la competencia ordinaria sobre el

Patrimonio Cultural y gestoras de los bienes, han realizado propiamente un desarrollo de la demanialidad, con la excepción de menciones puntuales al ejercicio de la potestad de recuperación de oficio.

La declaración de dominio público de los hallazgos de bienes culturales sólo añade al régimen jurídico del Patrimonio Cultural la proyección de las clásicas notas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad y la consiguiente imposibilidad de apropiación por los particulares de los bienes que retornan al tráfico a raíz de un descubrimiento. La extracomercialidad prima sobre otro tipo de consideraciones, de manera que no resulta aventurado afirmar que el efecto se erige en causa de la solución normativa, el medio empleado predomina sobre el fin que lo justifica, la afectación, ya que ésta no se diferencia en sustancia de la función social que cumplen los bienes culturales en manos privadas. La extracomercialidad, por tanto, cumple principalmente la función de proteger el Patrimonio Cultural de la amenaza concreta que representan quienes expolian yacimientos con el fin de nutrir colecciones propias o lucrarse en el tráfico de antigüedades que florece en torno al coleccionismo privado. La imprescriptibilidad de las acciones para la recuperación de los bienes de dominio público actúa como un freno o desincentivo de estas actividades, destructoras de contextos arqueológicos, impidiendo la consolidación de titularidades privadas, aún de terceros adquirentes de buena fe. Es en ese momento originario de afloramiento de los bienes, de retorno al tráfico jurídico, en el que la extracomercialidad tiene pleno sentido.

El dominio público, sin embargo, no sirve para proteger el Patrimonio Cultural de otro tipo de peligros, de mayor entidad, que proceden hoy en día del desarrollo urbanístico, de la actividad turística o de la construcción de grandes infraestructuras de transporte. La protección de los yacimientos se realiza fundamentalmente a través de una consideración integral del espacio y del territorio, lo que cuestiona la utilidad de la proyección del dominio público a los bienes de naturaleza inmobiliaria.

IV. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN ARQUEOLÓGICA

La configuración normativa del Patrimonio Arqueológico en el Derecho internacional y en la legislación postconstitucional pone de manifiesto que las actividades de investigación arqueológica que se proyectan sobre los bienes constituyen el elemento que singulariza esta categoría como objeto de tutela por los poderes públicos. La necesidad de asegurar que el Patrimonio Arqueológico conserve su funcionalidad como ámbito material sobre el que se desarrollan actividades de investigación, amenazada por la fragilidad y el carácter no renovable de los restos, la importancia, a estos efectos, de dejar constancia precisa del registro arqueológico ante cualquier operación que incida sobre éstos o altere de algún modo su disposición en el contexto, etc., conducen lógicamente a la previsión de mecanismos de control de las actividades que puedan alterar de manera directa o indirecta su configuración física o su significación histórico-cultural.

Entre esas actividades se encuentran, precisamente, las que tienen como finalidad desentrañar la significación histórico-cultural de los bienes mediante la aplicación de métodos de investigación: desde las excavaciones, prototipo tradicional de actividad arqueológica, hasta otro tipo de actuaciones menos invasivas que se han desarrollado al compás de la evolución de la Arqueología, se encuentran sometidas a algún tipo de control administrativo. La razón para extenderlo a las actividades de investigación se encuentra, en primer término, en los efectos de algunas de las técnicas empleadas. Así, la excavación, en la documentación exhaustiva de un yacimiento, destruirá las capas superficiales para acceder a los niveles más antiguos del registro arqueológico que

permanecen ocultos. Dada la incidencia que presenta la intervención, al implicar una alteración irreversible del registro arqueológico, deberá asegurarse que, al menos, será ejecutada conforme a un proyecto científico solvente y bajo la dirección de un profesional cualificado. La intervención de los poderes públicos, como sujetos responsables de la tutela de este Patrimonio, se justifica por la necesidad de garantizar que en toda intervención la inevitable alteración o destrucción del objeto de estudio resulte compensada por la generación de información científica arqueológica significativa y cualificada. Éste constituye el punto de partida que justifica la intervención administrativa en las actividades de investigación arqueológica y que, en síntesis, se materializa en la exigencia de un título administrativo que habilita para su ejecución. Pero, con esto no se agotan, como se verá, las finalidades que cumple el control administrativo de las actividades de investigación.

En este capítulo se analizará el régimen jurídico de este control, la naturaleza y características de la técnica empleada y su adecuación para garantizar la funcionalidad del Patrimonio Arqueológico. Previamente, se exponen los antecedentes normativos de este régimen jurídico y, sumariamente, las determinaciones de Derecho internacional que condicionan la legislación española

1. LA POLICÍA ADMINISTRATIVA[735] DE LAS EXCAVACIONES EN EL DERECHO HISTÓRICO

[735] Utilizo el término de policía en sentido impropio, v. M. REBOLLO PUIG, "La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XX: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1365 y

En páginas precedentes se ha hecho referencia al valor que posee la Instrucción sobre el modo de recoger los monumentos antiguos de 1803 como primera disposición de alcance general que hace explícita en el Derecho español la preocupación e interés de los poderes públicos en las actividades de búsqueda de antigüedades y localización de yacimientos. Sin embargo, la Instrucción no articulaba aún mecanismos de control, no hubiera podido hacerlo dada la inexistencia por aquellos tiempos de una administración que reuniera las condiciones mínimas para implementarlos. En su lugar, la Instrucción establecía un deber de comunicación de los hallazgos por parte de los descubridores y de los justicias de los distritos a la Real Academia de la Historia, para que pudiera ejercer las funciones de inspectora general de las antigüedades del reino que la Instrucción le atribuía. La inspección, por otra parte, no tenía otro alcance que permitir a la Academia tomar conocimiento de los hallazgos para valorar la conveniencia de su adquisición o de conducir sus propias excavaciones en el lugar del hallazgo. El deber de comunicación, por tanto, se prevé para facilitar las tareas de investigación que la Academia tenía encomendadas. Posteriormente, las sucesivas instrucciones que se giraron a lo largo del siglo XIX a las Comisiones Provinciales de Monumentos Históricos y Artísticos contenían unas disposiciones mínimas atinentes a las exploraciones impulsadas desde sus sedes, en las que se aprecia una incipiente preocupación por que quienes estuvieran al frente poseyeran cierta formación o experiencia. Se trataba de directrices a las Comisiones para el control y limitación de las exploraciones que impulsaran, en

---

ss.; "La actividad de limitación", en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III, Volumen II, Iustel, Madrid, 2009, pág.20.

particular, para evitar que su proliferación comprometiera los recursos que debían emplearse en la conservación de monumentos y la atención de archivos y museos, pero no se establecía una policía de las excavaciones privadas[736].

Fue la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 7 de julio de 1911 la primera norma que estableció la necesidad de contar con una autorización administrativa para la realización de actividades de investigación arqueológica o, para ser más exactos, de excavaciones, que resumían la metodología arqueológica conforme a la concepción de la disciplina vigente a principios del siglo pasado. El legislador definió las excavaciones como "las remociones *deliberadas* y *metódicas* de terrenos respecto a los cuales existan indicios de yacimientos arqueológicos, ya sean restos de construcciones, o ya antigüedades" (art. 1 Ley). Su realización se sujetaba a autorización (art. 7 Ley) so pena de responsabilidad, indemnización y pérdida de las antigüedades descubiertas (art. 10 Ley). Las concisas disposiciones de la Ley, desarrolladas a través del Real Decreto de 1 de marzo de 1912, reflejan que ya en 1911 se asume por el legislador como un interés digno de tutela la realización de las excavaciones conforme a la metodología propia de la disciplina arqueológica. El reflejo más claro de esta idea se encuentra en la potestad reconocida al Estado para revocar la autorización "si los trabajos no se practicaran del modo científico adecuado" (art. 7 Ley, 1er.párrafo *in fine*)[737].

---

[736] V. Capítulo II, epígrafe 2.

[737] La Ley dice, literalmente, "anulará la concesión", lo que ha propiciado un debate sobre la naturaleza jurídica del título habilitante para la realización de las excavaciones, del que nos ocuparemos más adelante. Se reitera en el artículo 14 del Reglamento.

Los sujetos autorizables podían ser Corporaciones oficiales de la Nación –en la mente del legislador estaban las excavaciones impulsadas desde algunos ayuntamientos y diputaciones[738]- así como particulares y sociedades científicas españolas y extranjeras. El diferente perfil del sujeto autorizado se traducía en un diverso régimen de adquisición de los bienes y, en su caso, de obligaciones relativas a la exposición pública o inventario de los materiales adquiridos[739]. Más allá de estas diferencias, los requisitos que debía cumplir la solicitud, el control de las actividades durante su ejecución y las obligaciones de información periódica son comunes a todos los sujetos. Importa destacar ahora que el Reglamento exigía a los solicitantes, en línea con la caracterización *metódica* de las excavaciones, además de que informaran sobre sus particulares condiciones y la localización de las actividades, entre otros extremos, la indicación del "plan de la exploración y sistema a observar en los

[738] Destacaban en la época las excavaciones que el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona realizaban en Ampurias. La nueva exigencia de autorización suscitó la preocupación de la minoría catalana en el Congreso, temerosa de que se centralizara la gestión de estas actividades, v. la intervención del Diputado Sr. Garriga, en *Diario de las sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados,* núm. 64, 21 de junio de 1911, pág. 1708.

[739] Recordemos que todos los sujetos autorizados adquirían la propiedad de los objetos descubiertos (art. 8 Ley), si bien este derecho quedaba limitado en el caso de los exploradores extranjeros a solo un ejemplar de los objetos duplicados. En las autorizaciones a nacionales, a su vez, se distinguían, la Corporaciones oficiales de la Nación, que quedaban obligadas a exponer al público los objetos hallados, so pena de perder su titularidad a favor del Estado (art. 7 Ley) –lo que también sucedía en caso de disolución (art. 8 Ley)- y los particulares, que tan sólo estaban sujetos al deber de inventariar sus antigüedades, satisfacer un impuesto en caso de exportación y al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el Estado en las ventas de los objetos (art. 9 Ley), para lo que se remitía al Código Civil. V. genéricamente, al respecto, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, "Los retractos legales a favor de las Administraciones Públicas", *RAP,* núm. 165, 2004, págs. 53-85.

estudios que se vayan descubriendo" (art. 33 Reglamento)[740]. En garantía de que las excavaciones estaban planteadas y se ejecutaban con rigor científico, tanto la supervisión de las excavaciones como la decisión de revocar la autorización quedaban en manos de expertos, que, por determinación legal, debían extraerse de entre los miembros de academias oficiales, del cuerpo facultativo de archiveros, bibliotecarios y arqueólogos, jefes de museos o docentes universitarios u otras instituciones académicas superiores en materias relacionadas con la Arqueología (art. 7 Ley, 2º párrafo)[741]. En esta línea de especialización de la gestión administrativa de las excavaciones, se sitúa la composición técnica de la Junta Superior de Excavaciones y Antigüedades, creada por el Reglamento de 1912 y encargada de la recepción y registro de las solicitudes, de las excavaciones concedidas y de la divulgación de los resultados obtenidos así como de la formación de inventarios de yacimientos y ruinas[742]. La autorización tenía carácter indefinido, quedando sujeto

---

[740] Ilustra la voluntad de evitar la ejecución de excavaciones por parte de oportunistas con ánimo de lucro, ajenos al rigor y método científico que pretender asegurar la Ley, una resolución recaída en 1931 por la que se denegó la solicitud para efectuar excavaciones en los alrededores del monasterio de Poblet, fundada en que el solicitante lo que pretendía no era "una excavación arqueológica, sino la busca de tesoros que supone escondidos", v. Gaceta de Madrid, núm. 249, de 6 de septiembre de 1931, pág. 1687.

[741] La supervisión de las excavaciones corría a cargo de delegados inspectores, nombrados de entre miembros de los cuerpos e instituciones citadas, a quienes también se podía encargar la realización de las excavaciones ordenadas por la Administración (art. 40 Reglamento). En cuanto a la revocación –la Ley y el Reglamento hablan impropiamente de "anulación"- correspondía dictaminarla a un tribunal constituido por cinco miembros expertos, de idéntica extracción que los delegados (art. 23 Reglamento).

[742] V. arts. 27 a 39 del Reglamento. Sucedió a la Junta Superior de Excavaciones y Antigüedades en la II República, bajo la vigencia de la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933, la Junta Superior del Tesoro Artístico, a través de su sección de excavaciones (arts. 7 a 13). De composición igualmente técnica, sus funciones excedían lo meramente consultivo, se reguló su

el explorador al deber de presentar anualmente una memoria sobre los trabajos realizados en el curso del año (art. 37 Reglamento). Asimismo se exigía continuidad en la ejecución de las excavaciones, ya que la suspensión sin causa justificada por más de doce meses podía comportar la pérdida de la autorización (art. 23 Reglamento).

Los términos en que se expresaba la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, han propiciado un debate sobre la naturaleza jurídica del título administrativo por el que se permitían las excavaciones. Al respecto se ha dudado si se trataba de una autorización o si constituía, más bien, una concesión, término que empleaba el propio legislador en diversos pasajes[743]. Desde la perspectiva de los bienes sobre los que recaían las excavaciones, como se expuso al tratar el régimen histórico de los hallazgos arqueológicos, la idea de un dominio eminente del Estado parecía sugerirse[744], sin embargo la ley no contenía una declaración de titularidad pública sobre todas las antigüedades que se descubrieran. Por el contrario, se limitaba a desplazar *de facto* el régimen civil del

---

funcionamiento por Decreto de 16 de abril de 1936. Bajo el régimen franquista, sería sustituida por la Comisaría General de Excavaciones Arqueológicas, creada por Orden de 9 de marzo de 1939, aunque la asunción de competencias como sucesora de la Sección de Excavaciones de la Junta del Tesoro se demoró hasta 1953. Su organización propició que se rebajara la cualificación científica de quienes desarrollaban funciones supervisoras, dando entrada como comisarios a aficionados al coleccionismo y a las antigüedades. Sobre los avatares de la Comisaría, v. I. RODRÍGUEZ-TEMIÑO, *Arqueología urbana en España,* Ed. Ariel, Barcelona, 2004, págs. 29-30.

[743] Así, el mismo art. 7 de la Ley utiliza indistintamente los términos autorización y concesión; el art. 8 afirmaba que el Estado "concede" a los descubridores autorizados españoles la propiedad de los objetos descubiertos. Así lo entiende J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* cit., tomo II, pág. 408.

[744] V. Referencia cruzada a hallazgos, epígrafe III. 2.b.

tesoro y a ordenar la adquisición en función de las circunstancias del hallazgo del modo más favorable a la finalidad de promoción de las excavaciones bajo control administrativo y, subsidiariamente, a permitir la adquisición por el Estado con la atribución a éste de la titularidad de objetos aparecidos en los hallazgos casuales. Tampoco existía una reserva de las excavaciones arqueológicas a favor del Estado. Aunque literalmente se afirmaba que el Estado se reservaba el derecho a hacer excavaciones en propiedades particulares (art. 4 Ley y 8 Reglamento), la eficacia de esta declaración requería que para cada excavación pretendida por el Estado se declarara la reserva –lo que se hacía por Real Orden- y se tramitara un expediente de expropiación de los terrenos o, en su caso, se abonaran anticipadamente al propietario del terreno los daños que estimados por la ejecución de las excavaciones. Es decir, se trataba de una norma habilitadora de una actuación administrativa con afectación de derechos de los particulares, no de una reserva general de las excavaciones a favor de la Administración con la finalidad de excluir, salvo excepciones, la iniciativa privada[745]. La referencia a la concesión expresa, no obstante, la idea de que la adquisición de la propiedad de unos bienes está mediada por un previo título administrativo que garantiza una actividad de búsqueda de las antigüedades acorde con el interés público existente en su ejecución de un modo científico. En el caso de las excavaciones ordenadas por el Estado, donde no mediaba autorización, la garantía científica venía dada por la condición de los delegados-directores, quienes debían ser designados, al igual que los inspectores, de entre miembros de

[745] *Contra* I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, quien considera que se trata de una reserva de la facultad de excavar a favor del Estado, en "Notas sobre la regulación de las actividades arqueológicas", *PC y D,* núm. 13, 2009, págs. 104-105.

academias, del cuerpo facultativo de archiveros, bibliotecarios y arqueólogos, directores de museo o docentes de materias relacionadas (art. 40 Reglamento). En todo caso, la Ley de Excavaciones y su desarrollo reglamentario reflejan que la autorización de las excavaciones cumplía como principal finalidad la acreditación de la solvencia de los sujetos solicitantes y una mínima seriedad de los trabajos proyectados antes de su ejecución. En segundo término, garantizaba la recepción por la Administración cultural de información sobre la investigación arqueológica en virtud del deber de remisión de memoria anual impuesto a los concesionarios (art. 37 Reglamento), para su difusión. Es ajena aún a la regulación la finalidad de gestionar la investigación sobre estos bienes por su carácter de recurso escaso.

La planificación de las intervenciones arqueológicas apareció tímidamente en la Ley de 13 de mayo de 1933 del Tesoro Artístico Nacional y su reglamento de aplicación, aprobado por Decreto de 16 de abril de 1936, aunque limitada a las excavaciones costeadas por el Estado (art 46 Reglamento). Obedece, por esta razón, más a una finalidad de control presupuestario que de gestión del Patrimonio Arqueológico. En cuanto a las excavaciones autorizadas, bajo la II República se mantuvo sustancialmente el régimen establecido por la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, si bien se precisó mejor el alcance de los deberes impuestos a los concesionarios, en atención a su diverso perfil. En el caso de las autorizaciones concedidas a particulares, el Decreto contemplaba la posibilidad de que los particulares peticionarios solicitaran a la Junta del Tesoro Artístico la designación de un técnico para la dirección de los trabajos, como alternativa a la proposición de un director por el solicitante (art. 55 Reglamento). De este modo, la figura del titular de

la autorización bajo el Decreto de 1936 adquiere un nuevo perfil, muy próximo al concesionario de minas, como un mero financiador de las excavaciones arqueológicas que, asumiendo la dirección e instrucciones determinadas por la Junta, estaba legalmente habilitado para adquirir la propiedad de los objetos descubiertos durante la ejecución de los trabajos autorizados.

2. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES ARQUEOLÓGICAS COMO EXIGENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

El control por los poderes públicos de las actividades de localización y búsqueda de restos arqueológicos constituye una de las determinaciones clásicas del Derecho Internacional atinente al Patrimonio Arqueológico. De la importancia de esta materia da cuenta que la primera recomendación emanada de la UNESCO, adoptada el 5 de diciembre de 1956 en el marco de la Conferencia General de Nueva Delhi, tenga por objeto definir los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, tratándose además del primer instrumento que se ocupa específicamente del Patrimonio Arqueológico. La Recomendación adopta un concepto amplio de excavaciones arqueológicas, que se definen como "todas aquellas *investigaciones que tengan por finalidad el descubrimiento de objetos de carácter arqueológico*, tanto en el caso de que dichas investigaciones entrañen una excavación del suelo o una exploración sistemática de su superficie, como cuando se realicen en el lecho o subsuelo de aguas interiores o territoriales de un Estado miembro" (Punto 1). Al respecto se establece, como uno de los principios que rigen la protección del Patrimonio Arqueológico, el deber de los Estados

miembros de adoptar disposiciones en orden a "someter las exploraciones y excavaciones arqueológicas a la vigilancia y *a la previa autorización de la autoridad competente*" y de sancionar las excavaciones clandestinas (Punto 5, letras a y c). La finalidad más evidente de este control es garantizar un adecuado perfil de quienes emprendan las excavaciones, de manera que ofrezcan "*serias garantías científicas, morales y financieras*" (Punto 19). Esta referencia última a la solvencia financiera del concesionario debe conectarse con la concepción de la investigación arqueológica como un proceso complejo y prolongado que no se agota en la localización y descubrimiento de los restos, sino que ha de velar por la preservación de los objetos y monumentos descubiertos (Punto 21), la difusión de los resultados (Punto 24, b) y la generación de documentación para su acceso público (Punto 25). En el planteamiento de la Recomendación es llamativo que junto a las obligaciones que dimanan para el sujeto autorizado, se formulen obligaciones para la administración concedente para salvaguardar la propiedad científica de los descubrimientos que se efectúen en la intervención (Punto 24, letras a y b). La autorización funcionaría como una suerte de concesión que garantiza la exclusividad de los hallazgos científicos arqueológicos, sin perjuicio de la oportuna difusión de los resultados una vez asegurada la "autoría" del investigador.

Del conjunto de la Recomendación se desprende la idea de que el control de las actividades de investigación debe cumplir, junto a la garantía del rigor científico, la finalidad de constituir una herramienta para la gestión ordenada de unos recursos escasos que resultan afectados por la propia investigación. En este sentido, la Recomendación formula por primera vez la conveniencia de

constituir reservas arqueológicas para su investigación por generaciones futuras de arqueólogos, para que puedan beneficiarse de los progresos técnicos y de la evolución de la disciplina arqueológica (Punto 9). La actividad de investigación que realizan los distintos agentes se integraría en el contexto más amplio de una "administración general de las actividades arqueológicas" por los poderes públicos, que se expresa a través de "un plan de trabajos adecuado a la riqueza arqueológica del país" (Punto 6, letras a y b).

El Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico, adoptado en Londres el 6 de mayo de 1969, recogió con carácter imperativo muchas de los contenidos de la Recomendación de Nueva Delhi sobre el control de las actividades arqueológicas. El punto de partida de la protección, expresado en el propio preámbulo, es "la aplicación de los métodos científicos más rigurosos a las investigaciones o descubrimientos arqueológicos con el fin de preservar su plena significación histórica" y, en consecuencia, la evitación de las excavaciones clandestinas, consideradas a la fecha de redacción del convenio la principal amenaza para el Patrimonio Arqueológico. En coherencia, el Convenio exige controlar la cualificación de quienes realicen excavaciones arqueológicas, la persecución de las actividades clandestinas y el control y conservación de los resultados obtenidos (art. 3) y formula amplias obligaciones en orden a la difusión científica de materiales e información (arts. 4 y 5). Se establece asimismo el deber de constituir zonas de reserva arqueológica para excavaciones futuras (art. 2.b).

La revisión del Convenio, adoptada el 16 de enero de 1992 en La Valetta, contiene una redacción más pormenorizada, tanto en lo

relativo a las actividades que han de sujetarse a control público como en la expresión de criterios y principios que han de regir la actuación de los Estados miembros en materia autorizatoria. De este modo, el Convenio de la Valetta exige que se sometan a autorización y supervisión por los Estados excavaciones "y otras actividades arqueológicas" (art. 3.i). Esta ampliación del ámbito sujeto a autorización se extiende al uso de detectores de metales (art. 3.iii), recogiendo la invitación que realizara la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Recomendación 921 (1981), del 1 de julio, sobre detectores de metales y arqueología. Se pretende con ello dar respuesta al grave problema que plantea a la preservación del Patrimonio Arqueológico la difusión y popularización de este tipo de dispositivos[746]. Sin embargo, la redacción final del precepto plantea dudas en cuanto a su alcance real. De una parte, se establece que se someterá el empleo de estos aparatos y de cualesquiera otros equipos de detección o procedimientos para la investigación arqueológica "a autorización específica previa en los casos previstos en la legislación interna del Estado"[747], precisión que resulta insólita para un instrumento de Derecho internacional que pretende arrancar compromisos a los Estados que condicionen su legislación. En segundo lugar, la exigencia de autorización previa para el uso de detectores de metales o cualquier otro equipo de detección se vincula a su empleo en investigaciones arqueológicas. De acuerdo con este

[746] Sobre el origen y proliferación de los "detectoristas" en Andalucía, v. I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, "Los detectores de metal y el expolio del Patrimonio Arqueológico. Algunas propuestas de actuación en Andalucía", en *PH, Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico,* núm. 30, 2000, págs. 36-38.

[747] Literalmente, en la versión inglesa del tratado "*whenever foreseen by the domestic law of the State*" (art. 3.iii) CEPPA 1992).

tenor literal podría entenderse que las propias actividades de expolio que se sirven de detectores de metales quedarían fuera del régimen de autorización, toda vez que con ellas no se ejecuta realmente ninguna actividad de investigación, tal y como es entendida por la Arqueología, sino que se dirigen exclusivamente a la localización de objetos preciosos, sea para fundir los metales o para nutrir el coleccionismo clandestino. Para evitar este resultado, se ha de forzar una interpretación del concepto de "investigación arqueológica" que incluya cualquier actividad de búsqueda y localización de restos arqueológicos, aunque no se vincule a metodología de investigación alguna, lo que, por otra parte, resulta contradictorio con la concepción de la Arqueología que subyace al Convenio de La Valetta.

Junto a la ampliación del espectro de actividades sujetas a autorización, el tratado formula un principio de preferencia por las técnicas de investigación no destructivas, como uno de los criterios ha tener en cuenta en la autorización de intervenciones (art. 3.i.b, primer inciso CEPPA 1992). Se asumen, de este modo, las recomendaciones contenidas en la Carta internacional para la gestión del Patrimonio Arqueológico de 1990 (Carta de Lausanna), adoptada por el ICOMOS, donde se expone la preferencia por técnicas no destructivas frente a la excavación, de manera que se inflija al Patrimonio Arqueológico el "deterioro mínimo indispensable" para alcanzar los objetivos científicos o de conservación que se hubieran proyectado. La excavación, como última ratio, encuentra su ámbito de preferente utilización en sitios y yacimientos amenazados de destrucción física (art. 5 Carta). Precisamente, el Convenio refiere a las técnicas de naturaleza destructiva la necesidad de que sean ejecutadas por personas cualificadas especialmente autorizadas (art.

3.ii). En todo caso, la autorización debe asegurar la adecuada preservación de los restos desvelados durante la intervención (art. 3.b, segundo inciso).

En línea con la dimensión integral y global del Patrimonio Arqueológico y su imbricación con el espacio físico que recoge la revisión del Convenio, se presta especial atención al peligro derivado de las operaciones derivadas del desarrollo urbanístico y la ejecución de grandes obras públicas. El Convenio otorga carta de naturaleza a las actividades arqueológicas que se emprenden para evaluar la afectación al Patrimonio Arqueológico antes de que se formulen los planes y proyectos (arts. 5. ii. b y 6.ii), positivizando parte de las disposiciones de la Recomendación N. (89) 5, de 13 de abril, del Comité de Ministros a los Estados miembros. La ejecución de actividades arqueológica, de este modo, puede venir determinada por procesos ajenos a la dinámica y exigencias que demanda la investigación arqueológica de corte académico. Ello no obsta para que las actividades que se conducen en estos nuevos escenarios deban poseer también carácter científico para poder generar conocimiento histórico-cultural, así lo acredita la exigencia de que la financiación de este tipo de actividades, contemple, más allá de los trabajos de campo, la publicación íntegra y el registro científico de los hallazgos (art. 6.ii. b CEPPA 1992).

La regulación más completa sobre el control de las actividades arqueológicas en un instrumento de *hard law* proviene de la reciente Convención UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2 de noviembre de 2001. La Convención se aplica a "las actividades cuyo objeto primordial sea el patrimonio cultural subacuático y que puedan, directa o indirectamente, alterarlo

materialmente o causarle cualquier otro daño" (art. 1. 6). Con independencia de que los restos se ubiquen en aguas de soberanía estatal o en aguas internacionales, la Convención tiene el mérito de sujetar a las determinaciones de su Anexo todas las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático. Los principios y criterios orientadores que en él se recogen refuerzan más, si cabe, que el control administrativo efectivamente garantice la solvencia científica de las actividades, mediante, la exigencia, por ejemplo, de que preceda una revisión por pares a la concesión de autorización (Norma 9) o al abordar, por primera vez en un instrumento internacional, la regulación exhaustiva del plan de proyecto, de acuerdo con las características que se supone ha de reunir cualquier proyecto de investigación (Norma 10). Debe recordarse, además, que toda autorización parte de la prohibición taxativa de cualquier forma de explotación comercial de los restos (art. 2.7 y Norma 2). La Convención expresa igualmente una preferencia por la conservación *in situ* de los bienes –lo que en el caso del Patrimonio Cultural Subacuático constituye, en muchos casos, un imperativo para su conservación física-, de modo que la autorización de intervenciones sólo procederá si, en todo caso, resultan compatibles con la protección y, además, suponen una contribución significativa a la protección, el conocimiento o el realce del patrimonio (Norma 1). También se acoge el principio de proporcionalidad, cuando el Anexo prescribe que las actividades "no deberán perjudicarlo más de lo que sea necesario para los objetivos del proyecto" (Norma 3), directriz que se reitera en la preferencia por métodos no destructivos de investigación –entre los que se cuentan las operaciones de recuperación o extracción de objetos, al implicar una destrucción de los contextos- (Norma 4)

El control de las excavaciones arqueológicas se menciona también en tratados que no se ocupan específicamente del Patrimonio Arqueológico. Es el caso de la Convención UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecha en París el 17 de noviembre de 1970 (art. 5. d). En este contexto, la autorización constituye un mecanismo que permite a los Estados la obtención de información precisa sobre la riqueza arqueológica del país para luchar contra el tráfico ilícito de piezas integrantes del Patrimonio Cultural.

Este repaso sumario revela que la sujeción a autorización por los poderes públicos de las actividades de investigación arqueológica constituye uno de los principios del Derecho Internacional del Patrimonio Arqueológico. Partiendo de la finalidad primaria, la garantía de cualificación de los solicitantes y la solvencia científica de la actividad proyectada, se aprecia como el mecanismo de la autorización constituye el cauce a través del cual se desarrolla una actividad gestora de los poderes públicos sobre un recurso escaso y frágil, para la que de manera creciente se formulan principios y criterios con eficacia jurídica (constitución de reservas, preferencia por técnicas no destructivas, ponderación de los elementos destrucción/obtención de información científicamente relevante como premisa de la autorización, etc.). La autorización constituye igualmente el medio a través del cual, por la imposición de obligaciones a los sujetos autorizados, se centraliza en las autoridades la recepción de información científica a efectos del cumplimiento de otras obligaciones de Derecho Internacional, tales como el censo o inventario de la riqueza arqueológica, la difusión y divulgación de resultados, el control del tráfico internacional de

bienes culturales, etc. Esta otra finalidad (canalizar información hacia los poderes públicos) explicaría que la exigencia de autorización se haya hecho extensiva a actividades de investigación arqueológica que no comportan una alteración o destrucción de contextos o incluso a actividades que no son propiamente de investigación pero que pueden proporcionar información sobre la existencia de restos arqueológicos.

3. EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES ARQUEOLÓGICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

3. 1. Los notas principales del régimen jurídico del control de las actividades arqueológicas en el Derecho español

3.1.1. El valor de las determinaciones de la LPHE sobre el régimen jurídico de las actividades arqueológicas

El vigente régimen de las actividades arqueológicas se esboza en sus determinaciones mínimas en el Título V de la LPHE y se completa y amplía por la regulación de las Comunidades Autónomas. Como se expuso al trazar el marco normativo del Patrimonio Arqueológico y, particularmente al abordar el papel que ocupa la LPHE en la ordenación del Patrimonio Cultural, estando dotadas las Comunidades Autónomas de potestad legislativa sobre la misma materia, la ley estatal se dictaba inspirada en cierta interpretación del título del Estado para la defensa frente a la expoliación en virtud de la cual, para alcanzar el objetivo que define la competencia, bastaría que el Estado dictara una regulación de alcance general cuya ejecución, con carácter general, quedara en

manos de las Comunidades Autónomas[748]. Sin embargo, como se sabe, el legislador estatal en 1985 –a diferencia de la solución adoptada en el Proyecto de Ley de 1981- no llegó a explicitar los títulos competenciales en que fundaba la formulación de las distintas disposiciones que componían la LPHE, lo que aboca al intérprete a analizar en cada caso en qué medida condicionan o afectan el ejercicio de las competencias autonómicas en el plano legislativo.

Pese a la falta de explicitación, resulta razonable entender que el régimen de control de las actividades arqueológicas que fija la LPHE se dicta al amparo del título estatal de defensa del Patrimonio Cultural frente a la expoliación toda vez que, precisamente, es el Patrimonio Arqueológico el más expuesto a este peligro y que, desde esa perspectiva, la búsqueda clandestina de objetos arqueológicos destinados al coleccionismo privado constituye una de las principales amenazas. De este modo, la regulación establecida en la LPHE contiene las determinaciones que el Estado considera precisas para garantizar que las actividades que tienen por objeto el Patrimonio Arqueológico no constituyan una ocasión para su expolio. Para ello, determina mínimamente el tipo de actividades sujetas a control, la técnica de control arbitrada, los requisitos objetivos y subjetivos a que se sujeta la realización de las actividades y una serie de deberes y obligaciones que han de cumplir quienes las ejecuten. De este modo, se pretende no sólo eludir el riesgo de pérdida o destrucción de los valores que incorporan los bienes del Patrimonio Arqueológico, sino asegurar el cumplimiento de su

[748] V. Se trata de la conocida interpretación formulada tempranamente por S. MUÑOZ MACHADO en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* vol. I, 1.ª ed., cit., págs. 598-599, a la que se aludió en el Capítulo I, epígrafe 1.2.2.1.2.

específica función –constituir el soporte material para la realización de actividades de investigación arqueológica-, de acuerdo con el concepto amplio de expoliación acogido en la LPHE.

En cualquier caso, el legislador estatal ha sido especialmente sintético y parco en la regulación de las actividades arqueológicas de modo que las disposiciones de la LPHE están necesitadas de un desarrollo reglamentario para su aplicación. Este desarrollo nunca fue abordado por el Estado. Antes bien, en esta materia, desde que se hicieron efectivas las transferencias, las Comunidades Autónomas, como instancias a las que correspondía la autorización, procedieron a establecer su regulación por vía reglamentaria, antes de la formulación de sus propias leyes de Patrimonio Cultural e, incluso, de la propia LPHE, desplazando así la aplicación de los reglamentos de 1912 y de 1936[749]. En este sentido puede decirse que, por lo que hace al control de las actividades arqueológicas, las Comunidades Autónomas, por excepción al papel que pretendía asignarles la LPHE

[749] Dictaron reglamentos reguladores de la autorización y ejecución de actividades arqueológicas, mediante decretos u órdenes de sus departamentos de cultura, Andalucía (Orden de 28 de enero de 1985), Aragón (Decreto 16/1985, de 21 de febrero), Canarias (Orden de 1 de abril de 1985), Castilla y León (Decreto 37/1985, de 11 de abril), Cataluña (Decreto 155/1981, de 11 de junio), Extremadura (Orden de 21 de mayo de 1985) y Galicia (Orden de 1 de abril de 1985). Tras la aparición de la LPHE y antes de las leyes autonómicas respectivas se dictaron reglamentos en Aragón (Decreto 6/1990, de 23 de enero), Canarias (Orden de 5 de febrero de 1987), Cantabria (Decreto 72/1985, de 27 de septiembre), Castilla-La Mancha (Orden de 19 de febrero de 1988), Castilla y León (Decreto 58/1995, de 11 de marzo, específico sobre el uso de detectores de metales), Cataluña (Orden de 7 de mayo de 1986, que regula el depósito de materiales arqueológicos y paleontológicos), Extremadura (Orden de 17 de abril de 1989; Decreto 37/1997, de 18 de marzo, específicamente sobre el uso de detectores de metales y Decreto 93/1997, de 1 de julio, que establece el reglamento general), Galicia (Decreto 62/1989, de 31 de marzo), Madrid (Orden de 24 de junio de 1986), Murcia (Decreto 180/1987, de 26 de noviembre), País Vasco (Orden de 17 de diciembre de 1987), Navarra (Decreto Foral 218/1986, de 3 de octubre) y Comunidad Valenciana (Orden de 31 de julio de 1987)

en muchos ámbitos en los que el legislador estatal no parecía contemplar la posibilidad de una regulación autonómica, no han sido meras instancias de ejecución del Derecho estatal.

Debe, no obstante, reiterarse que la regulación que ofrecen los artículos 41 a 45 de la LPHE expresa un suelo normativo mínimo que el Estado, desde su posición de garante frente a la expoliación, ha fijado como necesario para la protección del Patrimonio Arqueológico y que, en consecuencia, no podría ser modificado, a la baja, en regulaciones autonómicas.

3.1.2. La Administración competente para autorizar las actividades arqueológicas

A todas las Comunidades Autónomas le fueron transferidas competencias para autorizar excavaciones arqueológicas en sus respectivos territorios, lo que se tradujo, como ya se expuso, no sólo en el desarrollo de actividades de gestión sino también en la temprana elaboración de reglamentos propios. El legislador estatal no quiso alterar posteriormente este estado de cosas, de ahí que la LPHE se refiera de manera genérica a una "administración competente" para autorizar, en contraste con otras decisiones administrativas que la LPHE reubicó en la Administración del Estado, a pesar de lo que se infería de los primeros decretos de transferencia[750]. La instancia competente ha de determinarse entonces, de acuerdo con las previsiones del artículo 6 LPHE. Con carácter general, la ejecución de la ley es competencia de los órganos

[750] V. Capítulo I, epígrafe 1.2.2.1.1.

que determine el Derecho autonómico, salvo cuando se trate de "bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional" (art. 6.b) LPHE), que corresponderá al Estado la ejecución. El criterio, avalado por la STC 17/1991, contradice otros pronunciamientos que admiten con naturalidad la proyección de competencias autonómicas sobre bienes de dominio público estatal, incluidos los afectados a un servicio público[751].

Aunque la redacción del artículo 6.b) LPHE se ajusta, más bien, a las actuaciones administrativas que envuelven la declaración de un bien como de interés cultural o su inventario, atendida la finalidad del precepto –evitar que las competencias autonómicas de protección del Patrimonio Cultural interfieran la prestación de servicios públicos de titularidad estatal- es lógico considerarlo extensible a la competencia para la autorización de excavaciones y prospecciones, aunque los bienes arqueológicos no están propiamente *adscritos* a un servicio público de titularidad estatal ni pertenecen al Patrimonio Nacional, sino que *se ubican* en inmuebles que sí poseen estas características. En todo caso, al tratarse de una disposición que excepciona la regla general de la competencia autonómica, no cabe una interpretación extensiva que atribuya al Estado la autorización de todas las intervenciones arqueológicas que

[751] Entre tales pronunciamientos, destaca la conocida STC 77/1984, sobre la proyección de competencias autonómicas en espacios integrados en los puertos de interés general.

afecten, genéricamente, a cualquier bien de titularidad estatal, sino tan sólo a los afectados a un servicio público[752].

La determinación de la instancia competente para autorizar las actividades arqueológicas resulta problemática en las actividades dirigidas al Patrimonio Arqueológico localizado en espacios marítimos. En este caso, las dudas no provienen del hecho de que las potestades se ejerzan sobre espacios que son dominio público estatal sino, como ya se expuso, del alcance territorial de las competencias autonómicas de protección del Patrimonio Cultural. No procede reproducir las reflexiones que entonces se realizaron, a las que ahora se remite[753]. Baste recordar que, hasta el momento, el Estado ha venido atendiendo los requerimientos de inhibición formulados por alguna Comunidad Autónoma y ha reconocido que corresponde a éstas la autorización de actividades arqueológicas en espacios marítimos, incluso cuando las intervenciones arqueológicas tengan por objeto pecios constituidos por buques históricos de la Armada[754].

---

[752] No lo ha entendido así la LPHC-LM (art. 16.1) que ha consagrado una lectura amplia del criterio formulado en la LPHE y atribuye, con carácter general, al Estado la competencia autorizatoria de actividades arqueológicas sobre bienes estatales. Critica el precepto, J. BARCELONA LLOP, "Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas", *RArAP*, núm. 21, 2002, págs. 123-124.

[753] Capítulo I, epígrafe 2.3. cruzada.

[754] El Estado atendió parcialmente el requerimiento formulado por la Junta de Andalucía con ocasión del Acuerdo Interdepartamental de 9 de julio de 2009 sobre colaboración y coordinación en el ámbito de la protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático entre los Ministerios de Defensa y Cultura, en el que se afirmaba la competencia exclusiva del Ministerio de Cultura para autorizar campañas sobre buques de Estado con fundamento en la titularidad del Estado sobre los pecios, lo que no hacía más que reiterar lo que en 2007 ya se había afirmado en el Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático; v. al respecto *Conflictividad entre Estado y Comunidades Autónomas,* boletines informativos del tercer trimestre 2009, pág. 51, para el requerimiento y del cuarto trimestre 2009, pág. 26, para la contestación.

Se trata en cualquier caso de un criterio carente aún de plasmación normativa, lo que ha propiciado que no todas las Comunidades Autónomas hayan ejercido su competencia en este terreno con la misma intensidad[755]. Debe tenerse también presente que la Convención UNESCO 2001 para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático sólo reconoce al Estado costero jurisdicción para autorizar las actividades arqueológicas que se desarrollen en las veinticuatro millas adyacentes a su litoral (mar territorial y zona contigua), espacios en los que las Comunidades Autónomas podrían ejercer esta función. Sin embargo, en espacios ubicados más allá de las veinticuatro millas, sobre la plataforma continental o en aguas de la zona económica exclusiva, el Estado costero carece de jurisdicción a estos efectos, salvo que sea designado como Estado coordinador de las consultas internacionales que se conduzcan para decidir la intervención pertinente o si fuera necesario emprender acciones de urgencia[756]. La gestión de estas actividades no parece que deban quedar en manos de las Comunidades Autónomas dadas las implicaciones para las relaciones internacionales. Es una más de las cuestiones que demanda un tratamiento normativo específico por parte del legislador estatal.

En las actividades cuya autorización compete a la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el criterio que expresa el artículo 6 LPHE, con carácter general, la potestad autorizatoria se ha atribuido a

---

[755] Contrasta, por ejemplo, la posición de Cataluña o Andalucía, con Asturias, cuya ley de Patrimonio Cultural reconoce la competencia del Estado sobre el Patrimonio Cultural ubicado en el mar territorial y en la plataforma continental y asigna a la Comunidad Autónoma un papel subalterno (art. 61.3 LPCAs).

[756] V. Capítulo II, epígrafe 3. cruzada

órganos de la administración autonómica. La autorización por entidades locales constituye una excepción, sólo contemplada en el País Vasco (Diputaciones Forales), y en Baleares (Consejos Insulares)[757], en ambos casos con fundamento en específicas disposiciones estatutarias. Sin perjuicio de que algunas de las actividades arqueológicas queden también sometidas a la potestad autorizatoria urbanística de los Ayuntamientos –con carácter general, los movimientos de tierra-, en el ámbito estrictamente arqueológico carecen de competencias decisorias y ostentan un papel subalterno y complementario de las administraciones autonómicas, escasamente definido. La resolución que autoriza la ejecución de una actividad arqueológica es comunicada a los municipios en los que se va a desarrollar, lo que con base en las determinaciones genéricas que ofrece el artículo 7 LPHE y el principio de cooperación interadministrativa les concede apenas un estatus de "denunciante cualificado" de aquellas actividades que no se ajusten a la legalidad. Más importancia presenta el papel que pueden jugar como promotoras de actividades arqueológicas, en especial, de aquellos municipios que se han dotado de sus propios servicios de arqueología[758], lo que, como veremos, no impide que las actividades

[757] V. art. 45.1 LPCVas y art. 92.5 LPHB, respectivamente.

[758] La creación de servicios de arqueología por los Ayuntamientos encuentra asiento general en el artículo 28 LBRL, que los faculta para realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones en materia de cultura, entre otras. Junto a esta habilitación genérica, algunas Comunidades Autónomas han previsto expresamente la creación de servicios arqueológicos municipales, como hace la ley valenciana (art. 58.7 LPCVal). Con carácter general, se reconoce, en leyes y reglamentos autonómicos que las entidades locales, siempre que cuenten con los medios que garanticen el rigor científico de la intervención, pueden impulsar actividades arqueológicas.

arqueológicas que emprendan deban ser autorizadas en los mismos términos que las promovidas por un particular.

3.1.3. Tipología de actividades arqueológicas sujetas a autorización en función de la técnica empleada

La LPHE contempla dos tipos genéricos de actividades cuya realización se sujeta a la obtención de una autorización previa, las excavaciones y las prospecciones, definidas en los apartados 1 y 2 del artículo 41. El legislador caracteriza estas actividades por referencia al objeto sobre el que recaen, el espacio en el que se desarrollan, el tipo de acción que implican y la finalidad a la que responden. Excavaciones y prospecciones tienen por objeto bienes que integran el Patrimonio Arqueológico –con inclusión, por tanto, de restos paleontológicos y geológicos relacionados[759]- y pueden darse en medios terrestres o subacuáticos. La diferencia esencial reside en que las excavaciones constituyen *remociones*, es decir, implican una alteración del espacio arqueológico, y las prospecciones son *exploraciones* que no afectan a la integridad física de los bienes o su contexto. La inclusión de las prospecciones entre las actividades sujetas a autorización constituye una novedad de la LPHE que, de este modo, acoge la sugerencia efectuada en la Recomendación de Nueva Delhi de 1956 de la UNESCO.

[759] Sobre las dudas que plantea la extensión del régimen de autorizaciones arqueológicas a las actividades que se dirigen a bienes de carácter exclusivamente paleontológico y que no se integran dentro del Patrimonio Arqueológico, en los términos expresados en al artículo 40 LPHE, v. Capítulo II, cruzada.

En cuanto a la finalidad propia de estas actividades, las excavaciones sujetas a autorización son las que tienen por fin "descubrir e investigar" los restos arqueológicos, en tanto que las prospecciones han de referirse "al estudio, investigación o examen de datos" sobre aquellos restos. Por tanto, de acuerdo con el tenor literal de la LPHE, las prospecciones han de tener un carácter científico, de búsqueda con finalidad de documentación arqueológica, para que estén afectadas por la exigencia de autorización previa. Sin embargo, pueden integrar el concepto de excavación arqueológica búsquedas con remoción que no necesariamente presentan una naturaleza científica, bastará que tengan por finalidad *descubrir* restos. El matiz es importante, no porque permita autorizar excavaciones que se dirijan a localizar y extraer bienes arqueológicos sin ánimo científico -como veremos, la oportunidad e interés científico de la actividad son requisitos para su autorización- sino porque permite calificar como actividad ilícita y sancionable (art. 42.3 LPHE) cualquier búsqueda de restos arqueológicos con remoción que no cuente con la oportuna autorización, con independencia del perfil y finalidad que albergue el presunto infractor[760]. No sucedería lo mismo con las

[760] No comparto, por esta razón, la crítica de I. RODRÍGUEZ TEMIÑO al concepto de excavación arqueológica que efectúa la LPHE ya que con ella, en mi opinión, no se pretende fijar un concepto canónico de qué deba entenderse por excavación a efectos de la Arqueología (que, indudablemente, no puede ser otra cosa que una remoción metódica con fines de investigación científica), sino a efectos de sujetar a control administrativo previo las remociones que tengan por objeto bienes del Patrimonio Arqueológico y, paralelamente, hacer ilícita cualquiera que no sea previamente autorizada. El carácter científico de las excavaciones vendrá en todo caso garantizado por los requisitos impuestos para su autorización (programa que garantice profesionalidad, conveniencia e interés científico). Por esta razón, considero igualmente que la LPHE mejora la técnica jurídica empleada en la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911 que definía las excavaciones sujetas a autorización como "remociones metódicas", por lo que las que no se ajustaran a esta característica escapaban del ámbito de aplicación de esta técnica. V. del autor citado, "Notas sobre la regulación…", cit., pág. 92.

prospecciones, ya que su caracterización como actividades con fines científicos dificulta la sanción del mero uso de detectores de metales para la localización de restos arqueológicos, al menos en tanto no se diera remoción para su extracción[761].

Queda claro, en cualquier caso, que el legislador estatal ha expresado su voluntad de sujetar, con carácter general, a control administrativo previo *el trabajo arqueológico de campo*, aunque algunas de esas actividades no necesariamente impliquen una alteración de la integridad física del Patrimonio Arqueológico. Con ello, evidentemente, no se agotan todas las actividades que integran la investigación arqueológica pero sí todas aquellas que desvelan la existencia de restos arqueológicos que permanecían desconocidos, aunque no impliquen remoción.

Las leyes y reglamentos autonómicos han diversificado enormemente la tipología de las actividades que se sujetan a autorización. No existe una total coincidencia en el elenco de las actividades enunciadas, lo que resulta inevitable en un ámbito cuya regulación está abierta a la intervención de las Comunidades Autónomas. Esta disparidad normativa, en principio, no debe plantear más crítica que la que derive de la falta de adecuación a las determinaciones mínimas establecidas por el Estado en su condición de garante último frente a la expoliación o, en su caso, del exceso

[761] Ilustra esta dificultad en la tramitación de expedientes sancionadores por el uso de detectores de metales al amparo de la LPHE, I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, "Los detectores de metal y el expolio…", cit., pág. 38. A esta dificultad se suma la falta de armonía entre el artículo 43.2 LPHE, que califica como ilícitas y sancionables las excavaciones y prospecciones sin autorización, y el artículo 76.1.f) LPHE, que tipifica como infracción administrativa la realización de excavaciones sin licencia o de obras ilícitas tras un hallazgo, pero no menciona las prospecciones.

regulador desde la perspectiva del principio de proporcionalidad[762]. Dentro del variado listado de actividades que la normativa autonómica sujeta a autorización es posible efectuar una distinción. Un repaso a la tipología arroja como primera conclusión que, bajo la denominación de actividades o actuaciones "arqueológicas", no se incluyen exclusivamente intervenciones que se sustancian en una actividad de investigación, sino también otras carentes de toda finalidad científica pero que se caracterizan por implicar una afectación (o el riesgo de que ésta se produzca) sobre el Patrimonio Arqueológico.

Las actividades de investigación constituyen el elenco más numeroso: de hecho, la mayoría de las "nuevas" actividades tipificadas son meras especificaciones de las excavaciones y prospecciones que define sintéticamente la LPHE[763]. Así, entre las actividades que implican *remoción* se ha podido distinguir la excavación extensiva, caracterizada por su extensión superficial y la vocación de registrar y documentar exhaustivamente los objetos y restos presentes en la totalidad del registro estratigráfico; el sondeo, excavación en la que predomina la profundidad frente a la extensión superficial que sirve para documentar la secuencia estratigráfica completa de un yacimiento; la cata, que suele complementar a una prospección y cuya finalidad es la simple comprobación de la existencia de restos arqueológicos en el subsuelo; o el muestreo, que

---

[762] En contra, J.BARCELONA LLOP, quien critica los particularismos en la determinación por la legislación autonómica de las actividades autorizables, v. "Aspectos del régimen jurídico…", cit., pág. 119.

[763] I. RODRÍGUEZ TEMIÑO cuestiona la utilidad, a efectos de gestión, de desagregar en una diversidad de especificaciones los conceptos genéricos de excavación y prospección, v. "Notas sobre la regulación…", cit., pág. 97.

puede implicar una mínima remoción o recogida de restos. Junto a éstas, algunas Comunidades Autónomas contemplan como un tipo específico de remociones, los estudios arqueológicos de elementos arquitectónicos con carácter previo o simultáneo a la ejecución de un proyecto de rehabilitación o restauración de un bien inmueble[764]. En este sentido, la aplicación de la metodología arqueológica redunda en un mejor conocimiento de la evolución y significado histórico-cultural del edificio, que aprovecha a las tareas de conservación. Más dudosa es la posibilidad de incluir entre las actividades de investigación el seguimiento o control arqueológico de obras, previsión frecuente entre las actividades que deben autorizarse. Se trata de una operación de naturaleza preventiva, que consiste en la supervisión por un técnico de los movimientos de tierra que se produzcan en espacios en los que pudieran existir restos arqueológicos al objeto de evitar que puedan producirse daños: la aplicación de la metodología arqueológica, se ciñe, en su caso, a la documentación y registro de los elementos que revele la operación[765].

En cuanto a las prospecciones, la legislación autonómica contempla tanto la mera exploración superficial como el uso de mecanismos de teledetección para la investigación arqueológica, con o sin toma de muestras. Una importante aportación de la normativa autonómica ha sido el abordaje del uso de detectores de metales, cuyo control administrativo no queda asegurado bajo la LPHE. En

---

[764] V. Decreto andaluz 168/2003 (art. 3.d), o Decreto balear 14/2011 (art. 3.e).

[765] En este sentido, cuestiona que se someta a un régimen de autorización análogo al aplicable a actividades de naturaleza eminentemente investigadora, I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, "Notas sobre la regulación…", cit., pág. 99.

este sentido, algunas Comunidades Autónomas han optado por explicitar que su utilización constituye también un supuesto de prospección siempre que vaya orientado a la búsqueda de restos arqueológicos[766]. Esta opción normativa, sin embargo, puede encontrar dificultades para sancionar la utilización ilícita de estos aparatos en la medida en que requiere probar, siquiera sea en modo indiciario, la intención del presunto infractor[767]. Para eludir este problema, otras Comunidades Autónomas se han decantado por sujetar a autorización su uso, con cualquier finalidad, en espacios que cuenten con algún tipo de declaración administrativa de interés cultural o arqueológico[768]. Otra solución, ensayada en Cantabria,

---

[766] Así lo contempla la LPHC-LM (art. 17); expresamente el Decreto extremeño 37/1997, de 18 de marzo, sobre prospecciones arqueológicas y utilización de detectores de metales en actividades que afecten al Patrimonio Arqueológico (art. 2.b), criterio que acoge posteriormente la LPHCEx (art. 56).

[767] La acreditación de la intención del presunto infractor se convierte, así, en la cuestión jurídica controvertida. Un ejemplo del esfuerzo argumentativo judicial puede apreciarse en la sentencia del TSJ Andalucía de 30 de abril de 2001 (JUR 2001\280303), donde se llega a la conclusión de que el infractor, pese a no hallarse en posesión de restos arqueológicos, pretendía su localización con un detector de metales porque no aporta ninguna razón que justifique la posesión y utilización de ese tipo de aparatos en el lugar en el que se encontraba, en el que era conocida la existencia de un yacimiento arqueológico, aunque no hubiera sido objeto de protección específica mediante una declaración como zona arqueológica. Más evidente resulta la intención del sujeto en la sentencia del TSJ Andalucía, de 27 de mayo de 1998 (RJCA 1998\2295), en la que se encontraba en posesión de pequeños restos arqueológicos metálicos y portaba un detector de metales en las inmediaciones de varias zonas arqueológicas; o la sentencia del TSJ Extremadura núm. 649/2003, de 29 de abril (JUR 2003/145842), en la que la presunción de inocencia es destruida por la declaración de agentes de la Guardia Civil a quienes los infractores habían manifestado que se habían desplazado al lugar de los hechos por la existencia en él de un antiguo enclave romano.

[768] El Decreto de Castilla y León 37/2007, de 19 de abril, somete a autorización el uso de detectores de metales en zonas arqueológicas, yacimientos inventariados o espacios consignados en el registro de lugares arqueológicos (art. 106.2). Más problemáticos resultan los términos de la ley madrileña, que se refiere al uso de detectores de metales "en el ámbito de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid" (art. 44.1 LPHM); análogamente la ley balear (art. 25 LPHB) o la ley asturiana, que considera

consiste en prohibir los detectores fuera de los usos que se autoricen al amparo de la legislación cultural[769], lo que quizás resulta excesivo desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Una opción más matizada se encuentra en la normativa andaluza y consiste en someter a autorización previa por la Administración cultural el empleo de detectores de metales sin finalidad arqueológica, sin que se exijan a tal efecto las formalidades y requisitos aplicables a la autorización de prospecciones arqueológicas[770].

Otras actividades de investigación que se sujetan a autorización escapan a la dicotomía básica de la excavación y la prospección. Es el caso de los estudios y reproducción de arte rupestre, la documentación gráfica de yacimientos o el estudio de materiales arqueológicos depositados, actividades en las que es apreciable un diverso potencial incisivo sobre la integridad del Patrimonio Arqueológico. Así, la utilización de técnicas analíticas agresivas con ocasión del estudio de materiales depositados puede comprometer la integridad física de los objetos, del mismo modo que

---

actividad arqueológica el uso de detectores de metales en "zonas en que se presuma la existencia de restos arqueológicos" (art. 63.2 LPCAs). Téngase en cuenta que la presunción de existencia de restos o la pertenencia al Patrimonio Histórico no necesariamente implica que el espacio o los bienes en cuestión hayan sido objeto de algún tipo de declaración administrativa que dé publicidad a esta circunstancia, de ahí que, eventualmente, los presuntos infractores pudieran excluir su responsabilidad alegando un error de prohibición. En tales casos, la acreditación de la intencionalidad podría requerir de indicios complementarios como, por ejemplo, que los presuntos infractores fueran descubiertos *in situ* en posesión de objetos arqueológicos.

[769] V. art. 64.2 LPCCant.

[770] Así lo prevé la LPHA 2007 (art. 60) que, establece, en cualquier caso, la obligación de dar cuenta de los hallazgos arqueológicos que se produzcan y excluye estos supuestos del premio por hallazgo casual. La solución final se sitúa en la línea de la propuesta descrita por I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, en "Los detectores de metal y el expolio…", cit., págs. 41-42.

el contacto físico que demandan algunas técnicas de reproducción puede poner en peligro un patrimonio tan frágil como las pinturas rupestres. Por el contrario, no tiene por qué darse esta afectación en la confección de la planimetría de un yacimiento o en el estudio de materiales depositados que no requiera de procedimientos químicos.

Junto al listado de actividades, algunas Comunidades Autónomas, para eludir las limitaciones que plantea esta técnica normativa, han optado por incluir cláusulas genéricas para definir el ámbito sometido a autorización por referencia a cualquier actividad que tenga por fin descubrir, documentar e investigar restos arqueológicos[771].

Además de las actividades de carácter científico, como se indicó *supra*, es común que se incluyan dentro del régimen de autorización de actuaciones arqueológicas intervenciones cuyo fin no es propiamente la investigación sino la conservación o protección de los bienes arqueológicos, como serían las actividades de cerramiento, vallado o cubrición de yacimientos o los trabajos de consolidación, restitución o restauración arqueológica. En estos casos, la intervención administrativa no responde a la gestión de la investigación arqueológica sino que se inscribe dentro de las facultades de policía de actuaciones de conservación y puesta en valor en bienes culturales (restauraciones, rehabilitaciones y cualquier intervención con idéntica finalidad). La particularidad reside en que, en el caso del Patrimonio Arqueológico, el ejercicio de la potestad administrativa de autorización no se vincula a que los

[771] V. Art. 47.2 LPCCat; art. 41.2 LPHM; art. 50.1 LPHB; art. 66.1 LPHCan; art. 63.2 LPCAs; art. 58.1 LFPCNa.

bienes afectados hayan sido previamente objeto de protección cualificada a través de las figuras ordinariamente arbitradas para la protección del Patrimonio Cultural. El hecho de que el control de las restauraciones y otras intervenciones reparadoras sea más extenso en el Patrimonio Arqueológico se justifica por la especial fragilidad de los restos arqueológicos y, en especial, por el hecho de que la tutela de estos bienes tiene como objeto específico la preservación de la información histórico-cultural que atesoran para su análisis mediante el trabajo científico arqueológico, por lo que demanda una acción protectora global[772]. Quede aquí constancia de la inclusión de estas actividades de conservación entre las llamadas "arqueológicas", a efectos de su sujeción al régimen de autorización, aunque difieran en esencia de las que, convencionalmente, podemos denominar actividades arqueológicas *stricto sensu*, por constituir actividades de investigación que implican el empleo de técnicas propias de la metodología arqueológica, en las que se centra propiamente este trabajo.

---

[772] Ha de tenerse presente que la LPHE sólo sujeta a autorización los tratamientos de conservación, consolidación o mejora que afecten a bienes declarados de interés cultural (art. 39.1 LPHE) y que, con carácter general, la legislación autonómica contempla la autorización de estas actuaciones cuando el bien sobre el que se proyecta ha sido objeto de una declaración de algún tipo de interés cultural (inventario, catálogo o figuras análogas). Sobre la disciplina de la restauración en nuestro ordenamiento jurídico, v. *passim* L. J. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, *La restauración inmobiliaria en la regulación del patrimonio histórico,* cit. Evidentemente, si el yacimiento arqueológico goza de algún grado de protección cualificado, este específico control en sede de actividades arqueológicas huelga (bastaría con integrar el criterio técnico arqueológico en la instrucción del procedimiento autorizatorio general), como señala I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, en "Notas sobre la regulación…", cit., pág. 98. Sin embargo, no es ociosa su previsión para, precisamente, garantizar el control público de las intervenciones fuera de yacimientos declarados.

El listado y variedad de las actividades que se sujetan a autorización previa es indicativo del alto grado de intervención administrativa en el proceso de investigación arqueológica. Aquélla resulta, además, mucho más intensa por cuanto el ciclo de la investigación arqueológica se fragmenta en las múltiples acciones que lo componen, cada una de las cuales ha de ser autorizada singularmente por la administración tras la presentación de solicitudes que exigen una minuciosa documentación (la prospección inicial, el muestreo, el sondeo, la excavación extensiva, las medidas de conservación del yacimiento). Esto ocurre aún en aquellos supuestos en que la regulación contempla la necesidad de que la actuación arqueológica solicitada se enmarque en un proyecto de investigación para su autorización[773], al margen de los supuestos de intervenciones preventivas y de urgencia.

De la línea general de exigencia de autorización previa para la realización de cualquier actividad arqueológica, se desmarca llamativamente la ley vasca al eximir las "prospecciones sin extracción de tierras", visuales o geofísicas –prospecciones en sentido propio, conforme al esquema de la LPHE, pues toda remoción se considera excavación-. En su lugar, se establece un deber de notificación previa (art. 45.1 LPCVas). Sin entrar a valorar en este momento la bondad del recurso a otras técnicas administrativas para el control de las actividades arqueológicas, resulta innegable que el precepto vasco rebaja el nivel de control prescrito por el legislador

[773] Así lo contemplan el Decreto catalán 78/2002 (art. 6); el Decreto balear 14/2011 (arts. 2.a), 5.2 y 12) o el Decreto andaluz 168/2003 (art. 18.5).

estatal en este punto. Si como se ha expresado anteriormente que la exigencia de autorización previa a excavaciones y prospecciones constituye una determinación normativa del legislador estatal dictada en ejercicio de su potestad para la defensa del Patrimonio Cultural frente a la expoliación, puede concluirse que el legislador vasco ha invadido una competencia estatal al recoger otra solución para las prospecciones sin remoción. Ha obviado el criterio establecido por el Estado en la elección de la fórmula de control que ha considerado más idónea para combatir la expoliación del Patrimonio Arqueológico a propósito de la ejecución de actividades arqueológicas.

3.1.4. Los motivos que impulsan la realización de actividades arqueológicas: la diversidad de escenarios y su incidencia en el ejercicio de la potestad autorizatoria

La regulación que la LPHE contiene de la autorización de excavaciones y prospecciones no explicita las causas o motivos que impulsan su ejecución. No obstante, la lectura de las distintas disposiciones que la LPHE dedica a las actividades arqueológicas induce a pensar que el legislador en 1985 contemplaba en esencia un entorno académico o científico, como escenario normal en el que se desenvuelven las excavaciones y prospecciones sometidas a autorización. Es decir, los motivos que impulsan la ejecución de estas actividades se encuentran en el desarrollo de una investigación científica en el campo de la Arqueología, en las distintas fases que impone la programación del trabajo arqueológico en un proyecto científico. La LPHE contiene una referencia puntual a la realización de intervenciones arqueológicas con fines preventivos, es decir, justificada en la necesidad de documentar y evaluar la riqueza

arqueológica existente o presumida en un espacio antes de que se autorice o ejecute una obra o un proyecto constructivo que puede alterarlo o destruirlo. Este tipo de intervención se contempla en las zonas arqueológicas, siendo uno de sus elementos claves del régimen jurídico de estos bienes de interés cultural la previsión de que la Administración cultural deba autorizar previamente cualquier obra o remoción de terreno que pretenda acometerse en tal espacio. Al hilo de esta autorización previa, la LPHE dispone que la Administración pueda "ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la presente Ley" (art. 22.1 LPHE). En el título citado se habilita de nuevo a la Administración para "ordenar la ejecución de excavaciones y prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos […]" y se vincula esta facultad al deber de indemnización de acuerdo con las determinaciones de la Ley de Expropiación Forzosa (art. 43 LPHE)[774]. Este precepto habilitaría también para que, tras un hallazgo casual, la Administración ordenara la ejecución de actividades arqueológicas para evaluar la entidad del Patrimonio Arqueológico desvelado con el descubrimiento.

Sin entrar ahora en las implicaciones patrimoniales, lo cierto es que de la LPHE no se infiere que la orden de la Administración cultural se traduzca en que sea el sujeto interesado en las obras quien deba promover las intervenciones arqueológicas preventivas. Más

[774] Sería aplicable en tales casos la indemnización por ocupación temporal para la realización de excavaciones arqueológicas que contempla el artículo 83 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. V. Capítulo IV, epígrafe 3.3. cruzada.

bien parece que la Ley estatal impone al particular el deber jurídico de soportarlas, siendo responsabilidad de la Administración cultural su ejecución, bien sea a través de sus propios técnicos o recurriendo a profesionales externos a través de contrato administrativo. Desde esta perspectiva, huelga la sujeción de estas actividades a la autorización administrativa prevista en el artículo 42 LPHE, que quedaría reservada a las prospecciones y excavaciones impulsadas por estrictos motivos de investigación científica desde entornos ajenos a la Administración cultural. De este esquema puede fácilmente inferirse que el legislador en 1985 concedía un protagonismo menor a las actuaciones arqueológicas de carácter preventivo y tenía a las actuaciones "de investigación" como el supuesto ordinario. Esta visión concuerda con la consideración de que la principal amenaza al Patrimonio Arqueológico se halla en las búsquedas clandestinas de piezas arqueológicas con destino al mercado negro de antigüedades o a la exportación ilícita, idea que inspira la radical determinación de hacer ingresar en el dominio público los bienes del Patrimonio Histórico descubiertos tras la entrada en vigor de la LPHE.

Sin embargo, en la actualidad el mayor riesgo para el Patrimonio Arqueológico se cifra en la intensa presión sobre el territorio que ejercen el desarrollo urbanístico, la construcción de grandes obras públicas, de infraestructuras de transporte, energía, etc, tal y como se declara en el propio Preámbulo de la revisión del Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico de 1992. La extensión y proliferación de estas actuaciones, de una parte, junto a la asunción de un concepto holístico de Patrimonio Arqueológico -frente a la visión tradicional anclada en la idea de singularidad o excepcionalidad de las piezas o elementos

patrimoniales aislados- ha desembocado en una multiplicación de los supuestos de afección del Patrimonio Arqueológico. A ello se añade la urgencia en adoptar una decisión sobre la conveniencia de emprender los proyectos constructivos sin que exista, en muchas ocasiones, información precisa sobre la naturaleza y entidad de los bienes en los que pueda incidir la actividad que entra en colisión con el Patrimonio Arqueológico. En estas circunstancias el mecanismo de la autorización cultural previa de obras y movimientos de tierras que incorporan las zonas arqueológicas resulta insuficiente para una tutela preventiva del Patrimonio Arqueológico. Téngase en cuenta que la declaración de esta figura requiere que se trate de lugares en los que "*existan* bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica" (art. 15.5 LPHE) y que, al tratarse de un bien de interés cultural, sólo puede aplicarse a los bienes "*más relevantes* del Patrimonio Histórico Español" (art. 1.3 LPHE)[775].

Las Comunidades Autónomas han suplido las escasas determinaciones de la ley estatal con una ampliación sustancial de los mecanismos preventivos, en la línea trazada por el CEPPAr[776]. Su

---

[775] No comparto, por esta razón, la interpretación de J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, quien tiene sólo en cuenta el tenor literal del artículo 15.5 LPHE, en "Mecanismos de protección…", cit., pág. 115. Esta discutible interpretación, según la cual la declaración de zonas arqueológicas no requiere de una especial relevancia de los restos, sirvió a la Comunidad de Madrid para proteger, antes de la adopción de su propia ley de patrimonio, espacios en los que se presumía la existencia de restos arqueológicos, mediante la declaración de zonas arqueológicas muy extensas; v. al respecto F. VELASCO STEIGRAD, "Un modelo de gestión a partir de la declaración de zonas arqueológicas amplias: el caso de Madrid", en VV. AA. *Jornadas internacionales de Arqueología de intervención. Diciembre 1991 (16-20). Palacio Miramar. San Sebastián,* cit., págs. 75-83.

[776] La revisión del Convenio en 1992 hace expresa referencia a los trabajos de Arqueología preventiva en el artículo 5, bajo la rúbrica de "Conservación integrada del Patrimonio Arqueológico". Destaca la exigencia de que se destinen

aplicación se ha extendido por ley a espacios en los que la existencia de restos arqueológicos no consta de manera precisa como para permitir su declaración como zona arqueológica, se han arbitrado nuevas figuras para la protección de áreas en las que la existencia de restos arqueológicos se presume razonablemente, para las cuales se exige también la previa autorización por la Administración cultural de obras, construcciones y otras alteraciones del terreno. Estas áreas son objeto de declaración por la Administración autonómica o son delimitadas por el planeamiento urbanístico, aunque también este tipo de controles preventivos se ha llegado a asociar a los datos e informaciones que constan en las cartas arqueológicas manejadas por la Administración –supuesto que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puede resultar problemático, ya que, por lo general, se trata de de instrumentos de gestión de la información arqueológica de limitada publicidad y acceso por parte de la ciudadanía-[777]. La previsión de este control preventivo, previo a la adopción de la autorización sustantiva por la Administración competente (usualmente, los entes locales), se acompaña a su vez de la exigencia de que *sean los promotores de la obra o proyecto constructivo* –mencionan algunas leyes también al propietario del terreno- *quienes deban aportar un informe que evalúe la incidencia del proyecto sobre el*

---

tiempo y suficientes recursos económicos que permitan un adecuado estudio científico de los yacimientos afectados por los planes de desarrollo así como la publicación de los hallazgos (art. 5.ii.b CEPPAr).

[777] Un ejemplo de lo que comentamos lo ofrece la LPCVal, que permite exigir al promotor la aportación de un estudio y, en su caso, la ejecución de una intervención arqueológica en espacios no declarados donde se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos (art. 62). En el mismo sentido, la LPCCant (art. 84.4).

Patrimonio Arqueológico. La elaboración de tales informes puede demandar que se acometan cierto tipo de actividades arqueológicas que deberán ser autorizadas conforme a la normativa de Patrimonio Cultural (prospecciones, catas, sondeos, etc.). En virtud de tales estudios la Administración cultural podrá decidir si da vía libre o no a la ejecución del proyecto y, en su caso, en qué condiciones se llevará a cabo, condiciones que pueden ir desde la prescripción de cambios en el proyecto original a la concesión de la autorización condicionada a la realización de un proyecto arqueológico de mayor entidad, para compatibilizar la construcción con la preservación o puesta en valor de elementos del Patrimonio Arqueológico o que, eventualmente, permitan documentar las estructuras existentes antes de su eliminación.

En consecuencia, la legislación autonómica ha procedido a una "externalización" de las actividades arqueológicas de naturaleza preventiva que, rara vez, se acometen desde la propia Administración. La razón de esta transferencia a entornos ajenos a la Administración gestora del Patrimonio Arqueológico hay que buscarla, de nuevo, en la multiplicación de las intervenciones preventivas y en la consiguiente insuficiencia de los recursos económicos, técnicos y personales de las Administraciones culturales para atenderlas[778]. En este sentido, el Derecho autonómico, en líneas generales, ha alterado el esquema que prefigura la LPHE: si en ésta la Administración puede ordenar la ejecución de prospecciones o, en su

[778] La insuficiencia de medios, crónica en la Arqueología española, se había hecho manifiesta ya con la abundancia de operaciones de rescate a que habían dado lugar las operaciones de reforma urbanística de las ciudades desde los años setenta; v. al respecto I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, *La arqueología urbana…*, cit., págs. 48-52.

caso, de excavaciones -lo que a todas luces implicaría, al menos para los espacios donde se presume la existencia de restos arqueológicos, la asunción de sus costes por la Administración, en virtud del artículo 43 LPHE-, las leyes autonómicas tienden a hacer recaer sobre el promotor del proyecto la responsabilidad de su ejecución y su financiación. De tal forma que el sujeto interesado en la obra cuya autorización pretende ha de recurrir a los servicios de arqueólogos para la elaboración de los estudios y la ejecución de las actividades arqueológicas precisas para la viabilidad del proyecto. La inexistencia en nuestro país, a diferencia de la experiencia que ofrece Francia[779], de organizaciones administrativas cuyo objeto es la

[779] Es especialmente remarcable el sistema establecido en Francia para la Arqueología preventiva en la Ley nº 2001-44, de 17 de enero de 2001 (*JORF* nº15, de 18 de enero de 2001, pág. 928). En su virtud, los trabajos de la Arqueología preventiva se declararon servicio público y, en principio, resultaban vetados a la iniciativa privada. Esta decisión legislativa fue avalada por el *Conseil Constitutionnel,* que consideró la limitación a la libertad de empresa que implicaba la declaración como servicio público proporcionada a los objetivos de interés general implicados en la protección del Patrimonio Arqueológico, v. la Decisión nº 2000-439 DC, de 16 de enero de 2001 (*JORF,* nº 15, de 18 de enero de 2001, pág. 931). Para la ejecución de las actividades que integran la Arqueología preventiva – intervenciones para evaluar el potencial arqueológico de un terreno (*diagnostics*) y, en su caso, excavaciones arqueológicas (*fouilles*)- se instituye un establecimiento público nacional de carácter administrativo, cuyas actividades se financian con una suerte de canon (*redevance d'archéologie préventive*) abonada por los operadores públicos o privados obligados a efectuar los estudios de Arqueología preventiva (en zonas arqueológicas declaradas, en el contexto de una evaluación ambiental, etc). Se trata del *Institut national de recherches archéologiques préventives,* (INRAP), cuyos estatutos se establecen por Decreto nº 2002-90, de 16 de enero de 2002 (*JORF*, nº16 de 19 de enero de 2002, pág. 1199).

Posteriormente, la Ley nº 2003-707, de 1 de agosto de 2003 (*JORF,* nº177 de 2 de agosto de 2003, pág. 13270), dispuso que estas tareas puedan también ser realizadas por servicios arqueológicos creados por colectividades territoriales o agrupaciones de éstas siempre que cuenten con una suerte de acreditación estatal (*agrément)* de su capacitación técnica y científica, y permitió una limitada intervención privada en el ámbito de las excavaciones preventivas. Así, en virtud de la reforma introducida en 2003, el Instituto nacional y los servicios arqueológicos de las colectividades territoriales tienen el monopolio para realizar las evaluaciones o diagnósticos de Arqueología preventiva, en cambio las excavaciones ulteriores pueden ser ejecutadas por sujetos privados, siempre que

ejecución de trabajos de arqueología preventiva, salvo el ejemplo testimonial que ofrecen algunos servicios de arqueología creados por entidades locales[780], ha propiciado la emergencia de profesionales liberales y empresas que ofrecen servicios de consultoría arqueológica en el mercado, al que han de recurrir promotores y

---

cuenten con el correspondiente *agrément* y no exista relación de control o dependencia entre el profesional o empresa privada que realiza los trabajos arqueológicos y el promotor de la obra o proyecto. Intervino de nuevo el Conseil Constitutionnel para avalar que la intervención privada en el campo de las excavaciones preventivas no vulneraban los principios constitucionales que rigen el servicio público en la medida en que los intereses generales quedaran salvaguardados por procedimientos de control administrativo y científico (v. Decisión nº 2003-480 DC, de 31 de julio de 2003, publicada en *JORF,* nº177 de 2 de agosto de 2003, pág. 13304). En cualquier caso, el número de operadores privados que cuentan con la acreditación para realizar excavaciones de arqueología preventiva en toda Francia a fecha de 21 de febrero de 2011, de acuerdo con la información que proporciona el Ministerio de Cultura francés (http://www.culture.gouv.fr/culture/dp/archeo/operateurs_presentation.html , consultada el 4 de abril de 2011) no supera la veintena, por lo que, el grueso de estas actuaciones se realiza desde instituciones públicas. El régimen de la Arqueología preventiva se consigna actualmente en el Título II del Libro V del *Code du Patrimoine,* adoptado por la *Ordonnance* 2004-178, de 20 de febrero de 2004 (*JORF*, nº 46, de 24 de febrero de 2004, pág. 37048).

[780] Los servicios municipales de arqueología urbana nacen en algunos Ayuntamientos como una primera respuesta a la necesidad de protección preventiva del Patrimonio Arqueológico, vinculando su actuación a la planificación y ejecución urbanística; v. al respecto I. RODRÍGUEZ-TEMIÑO, *La Arqueología urbana*…, cit., págs.74-93. En cualquier caso, la creación de un servicio arqueológico municipal tampoco asegura la ejecución desde la Administración de las actividades arqueológicas preventivas y es común que se limiten a realizar funciones de asesoramiento al promotor, que deberá contratar a profesionales libres. Resulta ilustrativa a este respecto la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\2033) que confirma una sentencia del TSJ Andalucía, Sala de Málaga, de 10 de noviembre de 1997 (JT 1997\1374) que anula un precepto regulador de una tasa de protección arqueológica establecida por el Ayuntamiento de Málaga. En su virtud, el sujeto pasivo de la tasa debía proceder a la excavación con los medios humanos y materiales que fueran necesarios (obviamente, procediendo a la contratación de un equipo de arqueólogos), siguiendo las directrices emanadas de la Gerencia de Urbanismo. Según el Tribunal Supremo no es admisible que a través de la regulación de una tasa, que ha de retribuir servicios municipales, se impongan obligaciones de hacer al sujeto pasivo. Es decir, que para su conceptuación como una tasa tendría que ser la Gerencia la que procediera a ejecutar la intervención preventiva.

demás sujetos gravados por las obligaciones de protección preventiva del Patrimonio Arqueológico.

Debe tenerse presente que, junto a la legislación cultural, la legislación ambiental, al regular los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de proyectos y de planes y programas acoge un concepto amplio de medio ambiente, en el que se integran elementos de origen antrópico, de modo que también es necesario valorar su incidencia sobre el Patrimonio Cultural resultando, por lo general, el Patrimonio Arqueológico uno de los elementos más concernidos[781]. Esta nueva exigencia, acorde con los planteamientos expresados en la revisión en 1992 del Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico, ha encontrado reflejo expreso en algunas leyes autonómicas, que contemplan específicamente la autorización de actividades arqueológicas que se dirigen a recabar información para la elaboración del estudio de impacto ambiental[782]. A su vez, las

---

[781] V. art. 3 de la Directiva 85/337/CEE, del Consejo de 7 de junio de 1985, sobre evaluación de proyectos; y Anexo I, apartado f) de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre evaluación ambiental de planes y programas.

[782] A título de ejemplo, la LPHA 2007 expresa la necesidad de que los titulares de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental deban presentar ante la Consejería con competencia ambiental un estudio de la afección al Patrimonio Arqueológico, salvo que se haya considerado innecesario por la Consejería competente en materia de Patrimonio Cultural (art. 32.1). La actividad arqueológica a partir de la cual se elabora el informe de afectación al Patrimonio Arqueológico, consistente en el estudio y documentación gráfica de los yacimientos y elementos patrimoniales sobre los que puede incidir el proyecto, ha de ser objeto de autorización conforme a un régimen especial previsto en la Disposición Adicional Tercera del Decreto 168/2003, de 17 de junio, en la redacción dada por el Decreto 379/2009, de 1 de diciembre. Esta actividad se integraría en la fase preliminar de consultas y obtención de información por el promotor ante la Administración para determinar la necesidad o no de elaboración del estudio y, en su caso, que alcance o cuestiones deben ser tratadas. La particularidad de la regulación andaluza reside en que transforma en un procedimiento de autorización de una actividad arqueológica por el que ha de pasar necesariamente el promotor del proyecto -procedimiento que puede concluir

medidas correctoras impuestas al proyecto evaluado pueden demandar la realización de actividades arqueológicas, que habrán de ser autorizadas. La evaluación arqueológica en el contexto de procedimientos de evaluación ambiental, a diferencia de la evaluación arqueológica preventiva vinculada a mecanismos específicos de la legislación de Patrimonio Cultural, no depende de la previa declaración o delimitación de espacios en los que van a regir las cautelas arqueológicas, sino que viene impuesta por el hecho de que la obra o proyecto pretendido figure en los catálogos de actuaciones sujetas a evaluación ambiental. Existe, no obstante, una diferencia sustancial entre los efectos de la evaluación arqueológica en el contexto de la evaluación ambiental y en los controles preventivos de obras y movimientos de tierra en espacios con protección arqueológica: en el segundo caso, las determinaciones que emanan de la Administración cultural como resultado de los controles arqueológicos preventivos tienen capacidad para condicionar imperativamente la potestad autorizatoria del órgano sustantivo, en tanto que la inclusión de estas determinaciones en una

---

con la resolución autorizatoria o, por el contrario, la emisión por la Administración cultural de un certificado que declare la innecesariedad de la actividad arqueológica- lo que en la legislación ambiental es una mera fase de consultas entre el promotor y la Administración ambiental que, además posee un carácter meramente facultativo. V. M. T. CARBALLEIRA RIVERA, "El procedimiento de evaluación de impacto ambiental", en VV. AA. (T. QUINTANA LÓPEZ), *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental,* ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 294-399, y, en particular, sobre las características de esta fase, págs. 311-317.

También sujeta los estudios de evaluación de impacto arqueológico a autorización administrativa el Decreto de Castilla y León 37/2007 (art. 107.a) y la Ley cántabra (art. 76.2.c) LPCCant). Critica su asimilación a una actividad arqueológica y su sujeción a autorización J. BARCELONA LLOP, "Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas", cit., nota 5, págs. 118-119.

declaración de impacto ambiental sólo alcanza la eficacia más limitada que el ordenamiento jurídico reconoce a este trámite.

Junto a las actividades de tipo preventivo, se contemplan las llamadas actuaciones *de urgencia, de emergencia* o *de salvamento*. En estos casos, la intervención trae causa de la aparición inesperada de restos arqueológicos, siendo el supuesto característico el hallazgo casual que se produce durante la realización de unas obras, aunque también se prevén ante cualquier circunstancia sobrevenida que amenace o ponga en peligro el Patrimonio Arqueológico (una catástrofe natural, por ejemplo). Este escenario debe considerarse residual ya que, precisamente, el arsenal de mecanismos de control preventivo que prevé el Derecho autonómico se dirige a impedir o reducir al máximo la posibilidad de que se produzca un hallazgo casual. No ya sólo para eludir el abono del premio a descubridor y propietario del terreno, sino, fundamentalmente, porque la intervención arqueológica de urgencia se produce en el contexto de una obra o proyecto ya autorizado y en fase de ejecución y de ella pueden derivarse importantes consecuencias patrimoniales: en primer término, por la eventual necesidad de prolongar la suspensión de la actividad en curso que resultó paralizada tras el hallazgo más allá de los plazos legalmente previstos que está obligado a soportar el titular de la actividad y, en segundo término, porque a resultas de la información arrojada por la intervención arqueológica el proyecto en curso puede resultar modificado o, incluso, cancelado, si la entidad de los restos arqueológicos revelados así lo demanda. En las actividades arqueológicas de urgencia, la iniciativa para efectuar la intervención responde exclusivamente a una decisión administrativa adoptada a la luz de las circunstancias del hallazgo (aunque luego la actividad sea ejecutada por personal

ajeno a la Administración que ha de ser autorizado), en tanto que en las preventivas su procedencia –al menos las imprescindibles para valorar la entidad de los elementos patrimoniales afectados por el proyecto que las origina- viene determinada por un criterio general fijado por el legislador y actualizado por la Administración mediante la delimitación de los espacios en los que rigen las cautelas arqueológicas.

Las actividades arqueológicas preventivas y las de urgencia se contraponen a las actividades que se producen en los contextos que hemos considerados tradicionales para el cultivo de la Arqueología (académicos, museísticos, etc.), que en la normativa autonómica reciben la calificación de "programadas", "sistemáticas", "ordinarias" o, equívocamente, de actividades "de investigación". El recurso a esta denominación no debe conducir, sin embargo, a la conclusión de que las actividades preventivas o de urgencia carecen de carácter científico: cualquier actividad arqueológica, con independencia del contexto que la propicia, supone la aplicación de un método en el estudio de bienes históricos para la generación de conocimiento histórico o cultural, tan sólo varían las circunstancias que desencadenan su realización. La esencia científica de las actividades arqueológicas preventivas, de urgencia o de salvamento es una exigencia del Derecho Internacional[783] y, en cualquier caso, de los requisitos que impone la LPHE para la autorización de cualquier

[783] Así lo expresa el CEPPAr cuando exige, a propósito de la actividad arqueológica desencadenada por el diseño y la ejecución de planes, que se asignen tiempo y recursos suficientes para la realización de un adecuado estudio *científico* del yacimiento y la publicación de los hallazgos (art. 5.ii.b CEPPAr).

actividad arqueológica[784]. De otro modo, se traicionaría la específica funcionalidad del Patrimonio Arqueológico a cuya preservación se endereza toda la regulación de las actividades. La esencia común de las actividades arqueológicas la acreditan la exigencia en todos los casos de unos requisitos mínimos de cualificación académica, profesional y de experiencia a los sujetos que ejecutan la actividad, de un programa de las actuaciones a realizar con especificación de objetivos, métodos y técnicas a emplear, que serán estrechamente supervisadas, y en el hecho de que, una vez concluida, deban rendirse cuentas del trabajo realizado presentando los oportunos informes o memorias.

La clasificación en actividades arqueológicas sistemáticas o programadas, preventivas y de urgencia, aparte de las consecuencias que se derivan para su financiación, tiene incidencia en el ejercicio que la Administración realiza de la potestad autorizatoria ya que, como se verá, condiciona la apreciación de los elementos de juicio a los que se sujeta la decisión administrativa.

3.1.5. Requisitos subjetivos de la autorización: la profesionalidad. El carácter personal de la autorización para la realización de actividades arqueológicas

[784] La necesidad de conciliar las intervenciones motivadas por la necesidad de prevenir o evitar daños al Patrimonio Arqueológico con los objetivos de investigación científico se aprecia en el Decreto andaluz 168/2003, que dispone que "[l]as actividades arqueológicas preventivas y las urgentes que se realicen en el ámbito territorial de un Proyecto General de Investigación, coincidentes con el período histórico investigado, deberán adecuarse a sus objetivos de investigación y a su sistema de registro" (art. 5.5).

La LPHE exige que toda actividad se ajuste a un programa que contenga, entre otros, los requisitos concernientes a la *profesionalidad* (art. 42.1 LPHE). Éstos han sido concretados en la regulación autonómica mediante la especificación de ciertas características que debe reunir el sujeto autorizado.

Con carácter previo, debe aclararse que en las actividades arqueológicas no necesariamente coincidirán el sujeto que solicita la autorización, o promotor de la actividad -que puede tratarse tanto de personas físicas como de equipos de investigación, departamentos universitarios, museos, institutos de investigación con actividad en el campo de la Arqueología o la Prehistoria, administraciones públicas, distintas a la competente para autorizar, que cuenten con personal cualificado o, en el caso de las actividades preventivas, el promotor del proyecto u obra que resulta gravado con la obligación de efectuar la actividad arqueológica-, de quien asuma la dirección de la actividad sometida a autorización, condición que recae necesariamente en una o varias personas físicas. Sobre el director pesan fundamentalmente las obligaciones y responsabilidades que derivan de la autorización y constituye, auténticamente, el sujeto autorizado a ejecutar la actividad[785]. La naturaleza personal de la autorización se subraya con la exigencia, común al régimen de las actividades autorizadas, de que el director se encuentre físicamente presente durante la realización de los trabajos y de que sea

[785] Algún reglamento, como el Decreto catalán 78/2002, distingue las figuras de promotor y director a efectos de distribuir entre ambos las obligaciones que se derivan de la autorización de la actividad (v. arts. 10 y 11) pero lo usual es que, con independencia de la entidad que formalmente efectúa la autorización, la responsabilidad recaiga sobre la persona o personas físicas designadas como directores.

comunicada o informada cualquier ausencia. Necesariamente, cualquier cambio que afecte a la dirección se somete a autorización administrativa, so pena de suspensión o, en su caso, revocación de la autorización concedida a una determinada entidad.

La profesionalidad, como requisito para la autorización de actividades, no se ha traducido, por el momento, en la configuración del trabajo arqueológico como una profesión regulada. Ciertamente la LPHE y la normativa autonómica regulan actividades que entran dentro del hacer profesional de los arqueólogos y, como veremos, se condiciona a la posesión de una titulación académica adecuada, pero con ello no se procede a crear una profesión titulada, en el sentido expresado en el artículo 36 de la Constitución. No existe una regulación *global* del ejercicio profesional de la Arqueología que se vincule a la previa posesión de un título académico o profesional que acredite la posesión de saberes o capacidades específicos y que acote un espacio profesional reservado para la actuación de este colectivo con exclusión de otros profesionales. No existiendo en términos técnico-jurídicos una profesión regulada, tampoco existe un colegio profesional específico que aglutine a estos profesionales[786].

La intervención administrativa que ofrece la legislación cultural en este campo se limita a prever el control administrativo sobre cada singular ejecución de cualquiera de las actividades que, según el catálogo definido por el legislador, se sujeta a autorización

[786] Lo más próximo es la creación de secciones de arqueólogos dentro de los colegios profesionales de Licenciados en Filosofía y Letras. Sobre los intentos frustrados de creación de un colegio de arqueólogos, v. I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, *La Arqueología urbana…*, cit., págs. 246-247.

por la Administración cultural[787]. Que el legislador no haya configurado el ejercicio profesional de la Arqueología como una profesión titulada pese a la existencia de características que las sitúan en el ámbito de las profesiones liberales[788] se explica en gran medida porque el desenvolvimiento del trabajo arqueológico al margen de las necesidades impuestas por la propia investigación y del contexto institucional en que se ha desarrollado tradicionalmente (universidades, museos y, en menor medida, servicios de protección arqueológica de las administraciones culturales) constituye un fenómeno muy reciente. Es decir, los trabajos arqueológicos no han tenido tradicionalmente la consideración de un servicio prestado a demanda de un cliente, sino que se abordaban en función de las estrategias de investigación que impulsaba la institución u organización, de la que forma parte el arqueólogo, o por el interés

---

[787] El Tribunal Constitucional viene afirmando que la regulación de aspectos que afectan al ejercicio de una profesión no es lo mismo que regular el ejercicio de una profesión a efectos de la reserva de ley que prevé el artículo 36 de la Constitución. Así se expresa la STC 386/1993, de 23 de diciembre (FJ 3º) o la STC 330/1994, de 15 de diciembre (FJ 4º). La distinción entre regulación de la profesión/regulación de actividades profesionales es criticada por algunos autores que la consideran artificiosa y que puede conducir *de facto* a la extracción de la reserva de ley de la regulación de elementos esenciales para el ejercicio de una profesión. En este sentido se pronuncia J. A. CARRILLO DONAIRE, en su exposición sobre el alcance de la reserva de ley del artículo 36 de la Constitución en "La diferenciación jurídica entre títulos académicos y profesionales" en VV.AA *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales. Actas del II Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo,* Ed. Asociación española de profesores de Derecho Administrativo y Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 243-250, en especial, págs. 246-247.

[788] Siguiendo la exposición de J. A. CARRILLO DONAIRE, de entre las profesiones reguladas (aquellas delimitadas por el ordenamiento que se someten a una regulación jurídica de sus condiciones de acceso y ejercicio), las profesiones liberales se caracterizan por la existencia de una deontología profesional específica, por su independencia de criterio en el ejercicio de su actividad profesional, aún cuando se desarrolle en el contexto de una relación laboral y, por último, la especial responsabilidad que asume el profesional en sus relaciones con el cliente, v. "La diferenciación jurídica… ", cit., págs. 228-229.

existente en la adquisición de los objetos descubiertos, cuando la autorización confería la propiedad de aquéllos. Frente a este esquema, la previsión y proliferación de los controles preventivos en la legislación autonómica ha traído consigo la externalización de estas tareas, su salida de los entornos institucionales públicos, para responsabilizar de su ejecución a los sujetos privados interesados en la realización de las obras que se ven abocados a requerir servicios de consultoría o de trabajos arqueológicos[789], sin que se haya abordado una regulación que homogeneice las condiciones y requisitos para entender garantizados ciertos umbrales de calidad en las prestaciones profesionales. La intervención administrativa que verifique la profesionalidad queda diferida a la evaluación del proyecto y demás documentación que acompaña la solicitud de autorización de actividad arqueológica, momento en todo caso posterior al establecimiento de una relación de servicio retribuida entre el demandante del trabajo arqueológico y el profesional privado y que puede ser fuente de no pocos conflictos si, finalmente, la propuesta suscrita por el arqueólogo contratado por el promotor no resulta autorizada.

El requisito de la profesionalidad se especifica en la regulación autonómica por referencia a la posesión de formación académica teórica y práctica en el campo de la Arqueología y, en su caso, la acreditación de cierta experiencia. Respecto a la cualificación académica, el hecho de que el trabajo arqueológico se haya tornado

[789] Sobre la directa relación causa-efecto entre el desarrollo de mecanismos preventivos por la legislación autonómica y el surgimiento de la Arqueología profesional extramuros de universidades, museos y administraciones, v. I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, *La Arqueología urbana…*, cit., págs. 247-250.

crecientemente interdisciplinar impide, a su vez, la asociación de estas actividades a una única titulación que habilite en exclusiva para su ejercicio. De ahí que la regulación autonómica aborde en términos muy genéricos la cualificación académica. Suele cifrarse, habitualmente, en la posesión de un título en el ámbito de las humanidades (Historia, en sus diversas especialidades; las nuevas titulaciones de Humanidades; Antropología), junto a formación específica en el terreno arqueológico. Ésta se ha adquirido tradicionalmente en España como una asignatura dentro del currículo de las licenciaturas o grados citados, que se completaba con la realización de cursos de especialización o, en su caso, del doctorado. Sólo recientemente se han creado títulos oficiales en Arqueología, másteres en su mayoría, y, con menor implantación, grados de Arqueología.

No obstante, los principales problemas en la definición de la cualificación académica requerida se producen en relación con las actividades que inciden sobre el Patrimonio Paleontológico. En este sentido, no todas las Comunidades Autónomas han modulado los requisitos académicos del sujeto autorizado para que resulten coherentes con la voluntad de extender el régimen de control de las actividades arqueológicas a aquéllas que afecten a bienes paleontológicos, bien sea como parte de un contexto arqueológico o como objeto de una investigación estrictamente paleontológica[790]. La

[790] Entre las regulaciones que tienen presente la investigación paleontológica, merece destacarse por su rigor y su especial consideración a la interdisciplinariedad, el Decreto catalán 78/2002, que contempla diferenciadamente la cualificación académica requerida para dirigir actividades arqueológicas y paleontológicas (art. 4.1), la necesidad de una codirección que implique a profesionales de ambos campos en los casos en que la intervención afecte a bienes arqueológicos y paleontológicos (art. 4.2) así como la necesidad de

falta de consideración específica ha implicado que en algún caso se subordine el trabajo paleontológico a la dirección formal de un arqueólogo, lo que traiciona el sentido de garantía del rigor científico que cumple la exigencia de profesionalidad al sujeto solicitante[791]. Junto a la formación, algún reglamento expresa también la necesidad de acreditar *experiencia,* que puede venir relacionada con el tipo particular de actividad que se pretende efectuar o con las características de los restos históricos analizados[792].

Como se ha expresado anteriormente, la acreditación de la profesionalidad reviste mayor trascendencia en aquellos casos en los que la investigación se desarrolla por personas o equipos no incardinados en instituciones académicas, museísticas o en la administración, en los que la pertenencia puede ser de suyo indicativa de solvencia científica[793]. Con carácter general, las

---

comunicar a la entidad promotora de la intervención la aparición de restos paleontológicos en una actuación arqueológica y viceversa (art. 11.1.e). También contempla específicamente la dirección por paleontólogos y, en su caso, la codirección el Decreto de Castilla y León 37/2007 (art. 111.2).

[791] Es el caso del Decreto gallego 199/1997 (art. 5) o del Decreto andaluz 168/2003 (art. 6), que pese a incluir dentro de las excavaciones y prospecciones sujetas a autorización las que se proyectan sobre bienes paleontológicos, diseñan un perfil de solicitante limitado a los graduados en el ámbito de las humanidades con formación en arqueología o prehistoria.

[792] Exigen acreditación de experiencia en el tipo de actividad a desarrollar el Decreto gallego 199/1997 (art. 5), el Decreto catalán 78/2002 (art. 4.1.b) o el Decreto balear 14/2011 (art. 7.1).

[793] En algunos casos, se ha optado por exigir a las actividades arqueológicas incardinadas en proyectos de investigación, la presentación de un aval científico por parte de las instituciones académicas o museísticas a la que pertenecen los arqueólogos que suscriben la solicitud. Así, el Decreto catalán 78/2002 (art. 6.a) y el Decreto de Castilla y León 37/2007 (art. 108.1). Por su parte, el Decreto andaluz 168/2003 contempla la necesidad de contar de que un Departamento o centro de investigación avale a solicitantes que aún no cuenten con suficiente experiencia investigadora para aquellas actividades arqueológicas

Comunidades Autónomas no han prestado atención normativa a esta cuestión que, sin embargo, constituye una de las principales objeciones que puede formularse al florecimiento de la arqueología "de mercado". Cantabria constituye un caso singular en nuestro ordenamiento, al exigir por ley que las empresas dedicadas a la arqueología preventiva y de salvamento deban estar *habilitadas* por la Administración cultural, a propuesta del órgano técnico de asesoramiento en Arqueología, "definiéndose los ámbitos en que puedan intervenir en función de la experiencia de sus integrantes" (art. 76.5 LPCCant), disposición que parece inspirada en el sistema de Arqueología preventiva francés tras la reforma del 2003[794]. Esta habilitación previa puede entenderse justificada a la luz de los requisitos previstos en el artículo 9 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, para el régimen de autorización de la prestación de servicios. Ha de tenerse en cuenta que la protección del patrimonio histórico y cultural se cuenta entre las "imperiosas razones de interés general" (art. 4.8) que permiten implantar un sistema de autorización para el acceso a una actividad de servicios y que un control *a posteriori* resulta ineficaz en este punto. Se trata, en cualquier caso, de una solución que, precisamente, puede redundar –en la medida en que la regulación de los requisitos para la habilitación estén claramente definidos[795]- en una objetivación y mayor transparencia

---

que tengan su origen en trabajos o memorias de licenciatura y siempre que no se trate de excavaciones o estudios de arte rupestre (art. 21.3).

[794] V. Nota cruzada sobre arqueología preventiva en Francia.

[795] No nos consta, sin embargo, que se haya procedido a regular los requisitos de habilitación a través de una norma jurídica, aunque sí de los criterios que maneja "informalmente" la Consejería de Cultura para proceder a la habilitación para el ejercicio profesional de la Arqueología preventiva. Entre ellos se encuentra la exigencia de pertenecer a alguno de los colegios de licenciados y

en la evaluación de la experiencia de los operadores privados por la Administración cultural, y que, sin perjuicio del control que se despliega sobre la concreta propuesta de intervención que se presente posteriormente, racionaliza y orienta la actuación del promotor privado que financia la actividad arqueológica en la selección del profesional o empresas de servicios arqueológicos que ha de contratar. Permite, igualmente, superar mecanismos informales desarrollados por las secciones de Arqueología de los colegios de Licenciados y Doctores en Filosofía y Letras y Ciencias–cuya actuación, dado que ninguna ley exige la colegiación para el ejercicio de la Arqueología, opera en un limbo jurídico[796].

---

doctores en Filosofía y Letras y Ciencias de España, introducido a demanda de la Sección de Arqueología del colegio cántabro (v. escrito elevado a la Dirección General de Cultura de la Consejería el 14 de octubre de 2009, consultable en http://www.cdlcantabria.es/15octubre2009.pdf). Se trata de un requisito que, aunque pueda estar justificado para evitar que personas ajenas al mundo arqueológico oferten este tipo de servicios, vulnera lo dispuesto en el artículo 17.2 de la propia ley cántabra 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales, que reconoce como competencia estatal la previsión de la colegiación como requisito para el ejercicio de una actividad profesional. Dan noticia de esta exigencia fue finalmente asumida por la Consejería, A. ASTORQUI y J. FERRERO, en el artículo "Arqueología profesional: una problemática pendiente", publicado en *El Diario montañes* el 4 de junio de 2010 (consultado en http://www.eldiariomontanes.es/v/20100604/opinion/articulos/arqueologia-profesional-problematica-pendiente-20100604.html).

[796] Puede citarse en este sentido el sistema desarrollado en Madrid en la que la sección de Arqueología del Colegio de Doctores y Licenciados constituyó una bolsa de trabajo organizada por especialidades y áreas de actividad a la que se accedía mediante la acreditación de unos méritos mínimos (número de direcciones de actividades y publicaciones), bolsa a la que el promotor era reconducido por los servicios técnicos de la Comunidad para la selección del arqueólogo, v. F. VELASCO STEIGRAD, "Un modelo de gestión a partir de la declaración de zonas arqueológicas amplias: el caso de Madrid", cit., págs. 80-81. Ello puede asemejarse a la atribución de ciertos efectos públicos a esta forma de autorregulación; sobre esta figura v. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005 y ESTEVE PARDO, J.: *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur, 2002.

La condición de director de la actividad comporta una serie de deberes que refuerzan el carácter personal de la autorización, entre los que destaca, desde esta perspectiva, la dirección *presencial* de los trabajos y, en su caso, el deber de hacer constar o comunicar cualquier ausencia[797].

La Recomendación UNESCO de 1956 sobre los principios que rigen las excavaciones arqueológicas menciona, junto a la aptitud científica del sujeto autorizado, la necesidad de que ofrezca garantías morales y financieras. Respecto a las primeras, debe señalarse que el vacío normativo en que se desenvuelve el ejercicio de la profesión arqueológica determina que los intentos por dotar a la Arqueología profesional de un código deontológico se muevan, por el momento, en el terreno de las iniciativas informales[798]. No obstante, puede encontrarse reflejo de estas cuestiones, aunque no se configure explícitamente por la normativa como un requisito de "honorabilidad"[799], el hecho de que pueda preverse, como efecto

---

[797] Valgan como ejemplo las disposiciones del Decreto catalán 78/2002 (arts. 11.1.b) y 11.2), el Decreto andaluz 168/2003 (art. 26), el Decreto de Castilla y León 37/2007 (art. 112.2.c) o el Decreto balear 14/2011 (art. 8.2.a).

[798] Existe un código marco o genérico, adoptado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Licenciados y Doctores en Filosofía y Letras que ha sido, en líneas generales asumido por las secciones de Arqueología de los colegios territoriales y que se extiende en la previsión, incluso, de derechos de los profesionales. Sus determinaciones carecen en todo caso de eficacia, en la medida en que no coincidan con la preceptos que regulan la ejecución de actividades arqueológicas, dado que estas secciones carecen de funciones disciplinarias sobre los profesionales. Puede consultarse, entre otras, en la página de la Sección de Arqueología del Colegio de Madrid (http://www.arqueologiademadrid-cdl.org/descargas/codigo.pdf).

[799] Sobre la conexión entre la comisión de ilícitos penales o administrativos y la acreditación de la honorabilidad, cuando esta viene exigida para el ejercicio de profesiones y actividades, v. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades",

vinculado a sanciones en materia de Patrimonio Arqueológico o del incumplimiento de los deberes de entrega de materiales, de presentación de informes y memoria o, en un sentido más amplio, de las obligaciones que comporta la autorización, la imposibilidad de obtener nuevas autorizaciones, sea por un plazo determinado o en tanto no se satisfagan las obligaciones no atendidas[800]. Por lo que hace a la garantía financiera, constituye una previsión común a todas las regulaciones la mención, entre los contenidos de la solicitud o del proyecto presentado la indicación de un presupuesto estimado de la ejecución de la actividad –que alcanza a la conservación de los vestigios y de los materiales recuperados, en su caso- así como las fuentes de financiación previstas.

3.1.6. Requisitos objetivos de la autorización: acreditación de la conveniencia e interés científico de la actividad proyectada; autorización del propietario para el acceso a espacios de titularidad privada

La autorización de una actividad arqueológica requiere la previa presentación de un programa detallado y coherente, que reúna los requisitos para acreditar, además de la profesionalidad de

---

RAP, núm. 130, 1993, págs. 23-96, en especial, 79-86, a propósito de su aplicación a la actividad de transportista.

[800] Puede citarse, por su contundencia, la LPCAs que prohíbe autorizar la dirección de actividades arqueológicas a quienes "en un plazo anterior de diez años hayan sido declarados responsables de la realización de actividades arqueológicas no autorizadas, de la destrucción de bienes integrantes del patrimonio cultural, o de incumplimiento en las obligaciones de presencia directa en los trabajos arqueológicos que hayan dirigido o en la obligación de depósito de materiales en el Museo Arqueológico" (art. 63.5). En términos más livianos, se pronuncian el Decreto catalán 78/2002 (art. 13.2) o el Decreto balear 14/2011 (art. 16.2 *in fine*).

quienes han de ejecutar los trabajos, su *conveniencia* e *interés científico* (art. 42.1 LPHE). Es evidente que la diversificación de escenarios que ha propiciado la legislación autonómica incide en la acreditación de la conveniencia y oportunidad así como en la valoración que a la Administración pública corresponde realizar antes de autorizar. En este sentido, en actividades de carácter preventivo la acreditación de la conveniencia y oportunidad por parte del solicitante tiene un menor peso toda vez que ya ha sido apreciada en abstracto por el propio legislador al prever normativamente la realización de controles previos de tipo arqueológico a la autorización de obras en espacios que reúnan ciertas características; y, en segundo término, ha sido concretada por la Administración, al acotar o delimitar las áreas en las que rigen estas cautelas. En esos casos, el solicitante propiamente sólo ha de justificar la conveniencia y oportunidad de las específicas acciones propuestas a la luz de los objetivos perseguidos con la intervención preventiva. Del mismo modo, en las actuaciones de urgencia huelga que el solicitante acredite la conveniencia de intervenir por cuanto es la Administración quien, como resultado de un hallazgo casual o de una circunstancia sobrevenida que amenaza el Patrimonio Arqueológico, ha valorado y ha estimado oportuna la intervención.

Por el contrario, en las llamadas actividades ordinarias, sistemáticas o programadas, la conveniencia y oportunidad de la intervención se justifica exclusivamente con base en las características de la investigación que plantea el proyecto, lo que puede conceder, en determinados casos, a la Administración un amplio margen de apreciación para valorar su concurrencia. En este sentido, si las actividades arqueológicas implican una alteración de los contextos físicos, en especial, si tienen un carácter "destructivo" –

la excavación extensiva constituiría el supuesto extremo- cobra fuerza la acreditación de la conveniencia y oportunidad, no ya sólo por el carácter irreversible de este tipo de intervenciones sobre los contextos y la naturaleza escasa de los recursos arqueológicos –que hace aconsejable la limitación de las intervenciones- sino porque desvelará estructuras, elementos y objetos que cuya conservación, custodia y gestión es responsabilidad de la Administración cultural, por más que se tienda a dar un peso creciente a los sujetos autorizados en la determinación y realización de las medidas de conservación. No obstante, existen instrumentos cuya previa formulación puede redundar en una disminución del margen de apreciación de que dispone la Administración para autorizar. Así ocurre si se establecen planes donde se trazan líneas prioritarias de investigación arqueológica o se otorga preferencia a la realización de cierto tipo de actividades para alcanzar determinados objetivos de gestión del Patrimonio Arqueológico (por ejemplo, favorecer la realización de prospecciones a efectos de elaborar cartas arqueológicas)[801], aunque no se nos oculta la necesidad de considerar con precaución este tipo de medidas para evitar que al socaire de racionalizar la gestión pueda caerse en el dirigismo de la actividad científica arqueológica por la Administración cultural.

Un ejemplo singular lo proporciona el Decreto andaluz 168/2003, que dispone la autorización de proyectos generales de investigación por una duración máxima de seis años, ampliables. El

[801] La formulación de líneas prioritarias de investigación en el ámbito arqueológico ha sido contemplada en instrumentos para ordenar la financiación pública de actividades de investigación a través de subvenciones; v. a modo de ejemplo, art. 7 Decreto extremeño 93/1997.

reglamento andaluz da un paso más respecto a otros reglamentos autonómicos, que contemplan como requisito de las actividades arqueológicas programadas o sistemáticas que se integren en proyectos de investigación que cuenten con el aval de una institución científica o de un museo. En el reglamento andaluz los proyectos de investigación en que se insertan las actividades han de ser previamente autorizados por la Consejería, y se conciben como documentos básicos en los que se explicitan objetivos de investigación histórica, conservación y puesta en valor para un ámbito territorial determinado así como las actuaciones proyectadas para su consecución (art. 14.1 Decreto 168/2003). La autorización del proyecto general de investigación no evita que cada una de las actividades que vayan a ejecutarse deba ser también autorizada, pero sin duda limita el margen de apreciación de la Administración en esta segunda autorización, ya que la conveniencia ya ha sido apreciada al valorar el proyecto de investigación de que trae causa[802]. Por otra parte, de cara a la autorización de intervenciones solicitadas por terceros ajenos al proyecto ya en marcha, confiere preferencia al

[802] Ilustra perfectamente lo que venimos diciendo el artículo 19.1 del Decreto 168/2003, sobre la autorización de los Proyectos Generales de Investigación donde se expresa que la Dirección General resuelve "a la vista de los informes técnicos y científicos emitidos y *atendiendo a las necesidades de protección y conservación del patrimonio arqueológico andaluz*". Se trata de un elemento que no vuelve a ser citado al regular la resolución del procedimiento ordinario de autorización de actividades arqueológicas (art. 24.1). El Proyecto, por tanto, funciona como un primer momento autorizatorio global en el que la Administración despliega una facultad discrecional que queda necesariamente acotada respecto a las singulares intervenciones que deban ejecutarse en el marco del proyecto.

titular de éste en el área territorial contemplada, siempre que no se trate de actuaciones de naturaleza preventiva o urgente[803].

La legislación autonómica ha regulado de manera prolija y exhaustiva los contenidos que han de reunir los proyectos o programas de la actividad que acompañan a la solicitud de autorización. Los contenidos requeridos van en la línea de asegurar el rigor científico de la actividad autorizada, cualquiera que sea el escenario en que se desarrolle, de ahí que constituya una constante la necesidad de formular los objetivos perseguidos con la intervención, los métodos y técnicas a aplicar y la determinación, en su caso, de fases en la ejecución de los trabajos.

Por otra parte, los reglamentos incorporan como requisitos del proyecto contenidos que no sólo persiguen garantizar el rigor científico de la actividad sino dar satisfacción a principios de gestión del Patrimonio Arqueológico formulados en documentos de *soft law* y en los más recientes tratados internacionales. De este modo, en todos los casos ha de proporcionarse, como se ha indicado, un presupuesto de la intervención, que deberá cubrir todas sus fases, así como las vías de financiación que garanticen la viabilidad del proyecto. Igualmente, en el caso de actuaciones que impliquen remoción, extracción o recogida de materiales se requiere la propuesta de un plan de conservación o consolidación de los restos. Se echa en falta, sin embargo, una mayor modulación de los contenidos en función de la naturaleza de la actuación que se pretende, en especial en las regulaciones autonómicas más antiguas,

---

[803] Así puede deducirse, *a contrario sensu*, del artículo 19.4 del Decreto andaluz 168/2003.

en las que es apreciable el peso que aún ostenta la excavación como prototipo de la actividad arqueológica.

De otro orden es la exigencia, presente en todas las regulaciones, de que el solicitante de la autorización acredite que cuenta con el permiso del propietario para las actividades que planeen desarrollarse sobre inmuebles o espacios de titularidad privada. Al respecto cabe preguntarse si, con la especificación de este requisito, la ejecución de una actividad arqueológica queda en todo caso supeditada a la voluntad del propietario del terreno. El eventual conflicto entre la promoción de la actividad y la voluntad del propietario está resuelto en el artículo 43 LPHE para los casos en que la Administración *ordena* la ejecución de excavaciones o prospecciones, con la remisión a las disposiciones de la legislación de expropiación forzosa. En su virtud, es admisible la ocupación temporal para la realización de excavaciones arqueológicas, que genera derecho a indemnización (art. 83 LEF). Considero que este precepto podría dar cobertura también a actividades arqueológicas no promovidas por la Administración en el caso de que, reuniendo interés científico la actividad proyectada, no se hubiera obtenido por parte del solicitante el permiso del propietario y la Administración cultural considerara oportuna la ejecución de los trabajos proyectados. Esta conclusión se refuerza si atendemos a la posición peculiar que ostentan los sujetos autorizados para efectuar actividades arqueológicas que, como veremos, se convierten en cooperadores necesarios en la gestión del Patrimonio Arqueológico por las Administraciones públicas.

3.1.7. Carácter mixto de la potestad administrativa de autorización de las actividades arqueológicas: valoración técnica y valoración del interés público que impone la gestión pública en la protección y conservación del Patrimonio Arqueológico

La potestad administrativa de autorización integra en su ejercicio diferentes tipos de valoraciones por las propias características de los bienes e intereses públicos afectados.

Constituye un aserto común situar esta potestad en la esfera de la equívoca categoría de la discrecionalidad técnica. Convencionalmente -ya que no existe un planteamiento unánimemente asumido sobre el alcance e implicaciones de esta noción ni en Italia, origen del término, ni en España[804]- al hablar de discrecionalidad técnica me refiero a la actividad de concreción o especificación de conceptos jurídicos indeterminados que requiere para su integración de valoraciones fundadas en reglas o criterios técnicos o científicos. Ya se ha señalado como la regulación de las condiciones subjetivas del solicitante se efectúa por referencia a conceptos tales como la *profesionalidad*, que integra una valoración de la *formación* y *experiencia* y de la adecuación de ésta a la actividad proyectada. En el mismo ámbito se ubica la valoración del *interés científico* del proyecto.

En coherencia con el peso concedido a los conceptos jurídicos indeterminados de carácter técnico, el procedimiento incorpora la participación de órganos consultivos integrados por expertos externos a la Administración o de los servicios técnicos internos

---

[804] V. E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas de control de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, en especial páginas 22-67.

mediante la emisión de dictámenes e informes preceptivos. A la vista de que la decisión final se residencia en órganos de perfil político o burocrático, la evacuación de estos informes adquiere una singular relevancia para garantizar el acierto de la resolución final, al tiempo que cumplen un papel trascendente para eludir una posible tacha de arbitrariedad en la actuación del órgano resolutorio[805]. En atención, también, a la complejidad e incidencia de la actividad solicitada sobre el Patrimonio Arqueológico, cabe concedérseles el carácter de informes preceptivos y *determinantes* a efectos de la posible suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver y notificar (art. 42.5.c) LRJPAC) y de impedir que prosigan las actuaciones en tanto no sean emitidos (art. 83.3 LRJPAC)[806]. En tales casos, la adopción del acto definitivo sin que conste la evacuación de estos

[805] Es especialmente significativa la STS de la Sala de lo Penal de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000\9963), que forma parte de un largo contencioso de que da cuenta la propia sentencia entre un investigador de una universidad madrileña y las sucesivas direcciones generales competentes de la Junta de Andalucía por la denegación sistemática de autorizaciones para efectuar actividades arqueológicas en el yacimiento de La Joya (Huelva) (v. nota 73 *infra* cruzada). En este caso, la Sala absolvió de prevaricación a los directores generales con fundamento en que actuaron en todo caso siguiendo los informes desfavorables emitidos por la Comisión Andaluza de Arqueología. A la vista de la trascendencia que los informes técnicos presentan en este tipo de supuestos, en los que se condensa la *ratio decidendi,* resulta vital proyectar sobre la actuación de los órganos consultivos el escrutinio, antes que sobre la resolución final, a la hora de fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa: en especial, las características de la comisión u órgano informante, la adecuación del perfil de sus miembros, la coherencia y razonabilidad de los informes emitidos, etc.

[806] En este sentido, debe tenerse en cuenta que, aunque el procedimiento para la autorización de las actividades arqueológicas sea único, no todas ellas revisten la misma complejidad ni presentan idéntica incidencia sobre el Patrimonio Arqueológico, por lo que habrá de valorarse en cada caso y, a tal efecto, de acuerdo con la opinión expresada por C. CIERCO SEIRA, es importante que se indique la condición determinante del informe cuando sea solicitado, v. del autor "El ejercicio extemporáneo de la función consultiva", *RAP,* núm. 158, 2002, págs. 88-90 y "La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo", *REDA,* núm. 145, 2010, págs. 173-174.

informes y sin que la Administración pueda aportar un juicio técnico alternativo para suplir la falta de emisión en plazo del informe por los órganos técnicos previstos en la normativa[807], debe considerarse afectada por un vicio de anulabilidad, ya que su ausencia impide que el procedimiento administrativo cumpla con la finalidad de aportar asesoramiento y juicio técnico imprescindible para la evaluación de la actividad propuesta[808].

Los efectos derivados de este diseño en el ejercicio de la potestad son conocidos: una autorrestricción de los órganos judiciales en el control de la actividad administrativa de integración de los conceptos jurídicos indeterminados de carácter técnico con base en "una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar el informe", si bien se trata de una presunción *iuris tantum* cuya destrucción exige al recurrente acreditar "la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador –en nuestro caso, informador– bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente

---

[807] Esta es la solución propuesta por C. CIERCO SEIRA para conciliar el principio de celeridad en la resolución de los procedimientos administrativos y la completitud de la instrucción, en los casos en que el informe preceptivo contiene un juicio técnico cuya consideración es esencial para adoptar la resolución, en "El ejercicio extemporáneo…", cit., págs. 94-96.

[808] Sobre la improcedencia de aplicar el instituto de la convalidación para sanar *a posteriori* la ausencia de informes preceptivos, pese a que la LRJ-PAC no contenga una prohibición expresa – como sí hacía la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 53.5)-, v. C. CIERCO SEIRA, "Procedimiento administrativo y ejercicio de la función consultiva", *RArAP,* núm. 18, 2001, págs. 192-194 y, más ampliamente en, "El ejercicio extemporáneo…", cit., págs. 105-115.

acreditado por la parte que lo alega"[809]. Esta menor penetrabilidad del control judicial y el hecho de que exista valoración aunque tenga un fundamento técnico impedirían alinear la potestad para autorizar las actividades arqueológicas con las potestades regladas[810].

---

[809] Extracto de la STS de 22 de junio de 1998 (RJ 1998/5676), dictada en el contencioso por las autorizaciones arqueológicas en La Joya (Huelva). Se trata de un conflicto sostenido a lo largo de más de una década entre un profesor de la Universidad Complutense que venía realizando excavaciones en la necrópolis desde antes de la transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma y la Dirección General de la Junta. Ésta en un primer momento accede a autorizar excavaciones, aunque limitadas y condicionadas a ciertas tumbas, pero en campañas sucesivas deniega sistemáticamente la autorización, de acuerdo con el sentido de los informes emitidos por la Comisión Andaluza de Arqueología, que a lo largo de los años esgrime diversas razones para justificar el dictamen negativo (falta de adecuación, insuficiencia científica y, finalmente, la existencia de un proyecto de investigación en la zona con el que no se considera oportuno que coincida el del solicitante). Los recursos son inicialmente estimados por el TSJ de Andalucía, que llega a condenar en costas a la Administración autonómica, pero estas sentencias resultan finalmente anuladas o casadas en el Supremo, lo que determina que, en última instancia, el tribunal andaluz altere el sentido de sus pronunciamientos.

La sentencia de la que se toma el extracto transcrito, estima la apelación de la Junta y anula la sentencia dictada por el TSJ Andalucía, de la Sala de Sevilla, de 5 de febrero de 1990, al estimar suficiente la motivación de la denegación, que incorporaba los informes de la Comisión Andaluza de Arqueología. En la misma línea, la STS de 16 de enero de 2001 (RJ 2001/611) que casa la STSJ Andalucía de 28 de junio de 1993, Sala de Sevilla, que había llegado incluso a condenar en costas a la Administración autonómica. Posteriomente, la STSJ Andalucía de 9 de julio de 2007, de la Sala de Sevilla (JUR 2008/311010), a la vista de los sucesivos pronunciamientos del TS en los que anula o casa sus sentencias, modifica su postura anterior y avala como suficiente la motivación consistente en los informes de la Comisión. El TSJ Andalucía rechaza en esta última sentencia la argumentación del recurrente que tildaba de dirigismo científico y cultural, con afectación de la libertad de creación científica, el juicio científico por la Administración de la actividad propuesta para la autorización. Una exposición parcial de los hechos que motivan este contencioso por parte del propio investigador afectado, antes de que recayeran las primeras sentencias del Supremo, puede encontrarse en J. P. GARRIDO ROIZ, "Comentarios a una reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en materia de excavaciones arqueológicas", en VV. AA., *Actas del XXII Congreso Nacional de Arqueología, Vigo 1993*, Volumen I, Ed. Xunta de Galicia, Vigo 1995, págs. 291-292.

[810] *Contra*, F. SÁINZ MORENO, "El régimen jurídico del patrimonio arqueológico", cit., pág. 27. Más ampliamente, BARCELONA LLOP, señala que la

Pero, además, no se agota en la discrecionalidad técnica la tipología de las valoraciones que corresponde efectuar a la Administración pública a la hora de autorizar una actividad arqueológica. Interesa reparar en la *conveniencia* a la que alude la LPHE como requisito exigible a la actividad propuesta (art. 42.1). Tal conveniencia no se determina exclusivamente por referencia a las necesidades que, desde el punto de vista metodológico, requiera la investigación en que se inserta la actividad, sino que incorporaría también una actividad de apreciación del interés público. Es decir, existiría auténtica discrecionalidad administrativa que remite a criterios de oportunidad en la adopción de la decisión[811]. En la medida en que la apreciación de esa conveniencia no la efectúe el

---

potestad de autorización se basa en la comprobación de datos perfectamente objetivables (titulación, experiencia) o en apreciaciones de carácter técnico (conveniencia e interés científico del proyecto) que, una vez constatados, han de conducir necesariamente a la concesión de la autorización, como exigencia, además, de la libertad de investigación científica que impulsa al sujeto solicitante. V. del autor "Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas", cit., págs. 134-136. BARCELONA LLOP se inscribe, por tanto, en la línea doctrinal que entiende que la remisión a criterios técnicos encubre una auténtica potestad reglada, al ser susceptibles de apreciación objetiva, postura que ha sido defendida en nuestro país por M. MARTÍN GONZÁLEZ, en "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", *RAP,* núm. 54, 1967, pág. 227; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo,* tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 446, o F. SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa,* Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 267 y ss.

[811] En el mismo sentido, J. M. ALEGRE ÁVILA, para quien los conceptos jurídicos indeterminados empleados en la LPHE encubren una auténtica discrecionalidad que únicamente puede resolverse en términos de "política arqueológica de la Administración", v. *Evolución y régimen jurídico…,* cit., t. II, pág. 408. También sostiene la discrecionalidad de la potestad autorizatoria, J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, "Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana", *RAP,* núm. 141, 1996, pág. 104. Por su parte, R. ALONSO IBÁÑEZ estima que todas las autorizaciones que contempla la LPHE, salvo las autorizaciones en la exportación temporal, tienen carácter discrecional, de donde se deriva la posibilidad de introducir elementos accesorios en el contenido de la misma, v. de la autora *El Patrimonio Histórico…,* cit., págs. 366-367.

propio legislador o se haya concretado en instrumentos que intermedien la ley y la resolución administrativa, aquélla se traslada necesariamente al ejercicio de la potestad autorizatoria[812].

Es preciso, no obstante, acotar el ámbito en el que resulta justificada la inserción de elementos de discrecionalidad administrativa, en la medida en que, en la práctica, se traduce en una minoración del alcance de la tutela judicial efectiva[813] respecto al interés legítimo presente en la realización de actividades arqueológicas, que pueden encontrarse vinculadas al ejercicio de la libertad de investigación. La justificación debe atender al mismo argumento en que se basa la intervención administrativa en las actividades arqueológicas: el mandato constitucional para la protección del Patrimonio Cultural, del que el Patrimonio Arqueológico forma parte. Así, desde el punto de vista de las necesidades que impone la gestión pública para la protección,

---

[812] Ilustra esta idea el Decreto andaluz 168/2003, cuyo artículo 19.1, sobre la autorización de los proyectos generales de investigación, como presupuesto de las actividades arqueológicas sistemáticas, dispone que la Dirección General resuelve "a la vista de los informes técnicos y científicos emitidos y *atendiendo a las necesidades de protección y conservación del patrimonio arqueológico andaluz*". Es decir, la decisión integra un juicio de carácter técnico, que en cierto modo actúa como presupuesto de la discrecionalidad, y una apreciación del interés público en la protección del Patrimonio.

La apreciación de la conveniencia con base en criterios de oportunidad se reduce, también, en el ámbito de la Arqueología preventiva, por la existencia de instrumentos de gestión que, en aplicación de la ley, establecen la necesidad de efectuar actividades arqueológicas con carácter previo a operaciones urbanísticas o constructivas que alteren el espacio. Esta idea, por ejemplo, se recoge en la LPCAs, que habla de "justificación de la conveniencia de la actividad *desde el punto de vista de la gestión del suelo* o de su interés científico" (art. 63.3).

[813] Sobre el papel que cumple del derecho a la tutela judicial efectiva como límite a la atribución de discrecionalidad a la Administración, v. M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 222-250.

conservación y promoción del Patrimonio Arqueológico, resulta procedente la integración de criterios de oportunidad para decidir la conveniencia de actividades que impliquen una afectación de su integridad física o supongan un riesgo real (no meramente hipotético) de afectación. Cuanto mayor sea el potencial de incidencia de la actividad –y, reitero, siempre que la oportunidad no haya sido previamente valorada por el legislador o acotada por una decisión administrativa previa-, mayor legitimidad tendrá el recurso a criterios de oportunidad en la decisión administrativa[814].

La decisión de autorizar una excavación extensiva, como supuesto de actividad arqueológica con un potencial de incidencia más acusado sobre la integridad del Patrimonio Arqueológico, ilustra esta idea. Así, cuando una Administración decide si conviene o no ejecutar una excavación ha de tener presente, además de la cualificación del solicitante y la solidez científica del proyecto presentado, si, por ejemplo, no resultará más conveniente al interés público que la excavación se ejecute en un futuro, cuando los medios científicos y el avance de la disciplina permita obtener una mayor "rentabilidad científica" de una actividad que irremisiblemente alterará el yacimiento (idea de las reservas arqueológicas). Tendrá que valorar, también, si por la localización del yacimiento y los medios con que cuenta la Administración para su vigilancia, resulta oportuno "desvelar" las estructuras inmobiliarias ya que, aunque la mayoría de los reglamentos hayan incorporado como contenido del proyecto la previsión de medidas para la conservación de los restos, tras la intervención arqueológica quedarán necesariamente más

[814] En el mismo sentido se pronuncia, I. RODRÍGUEZ TEMIÑO, en "Notas sobre la regulación…", cit., págs. 108-109.

expuestos. Igualmente, si es previsible que la recuperación y extracción de objetos y restos mobiliarios sea abundante, la Administración ha de valorar si cuenta con la logística e infraestructura suficiente para atender con garantías el depósito y custodia de los bienes recuperados.

Atendiendo al criterio expuesto, la configuración normativa que ofrecen la LPHE y la legislación autonómica es poco satisfactoria al ofrecer respuestas únicas y carentes de matices y no aportar, siquiera, principios que orienten la potestad autorizatoria ante la variada casuística. En este sentido, se aprecia el peso que aún conserva la excavación como estereotipo de actividad arqueológica, cuyas exigencias se proyectan indiscriminadamente sobre cualquier tipo de actividad de investigación, con independencia de su potencial de incidencia. Así, resulta a todas luces desproporcionado que la autorización para la realización de prospecciones arqueológicas pueda quedar a expensas de un juicio de oportunidad análogo al que requiere la autorización de una excavación. También puede hallarse algún ejemplo del otro extremo, como excepción a la regla general del amplio juego concedido a la oportunidad: la renuncia por parte del legislador a dotar de auténtica discrecionalidad a la Administración. Lo ofrece la ley cántabra, que constriñe los motivos de denegación de la autorización a la falta capacitación profesional adecuada o que el proyecto arqueológico presentado resulte inadecuado para la intervención pretendida (art. 77.6 LPCCant), disposición que obvia importantes implicaciones en la gestión del Patrimonio Arqueológico.

3.1.8. Estatuto jurídico del sujeto autorizado

La concesión de la autorización da paso a una relación jurídica compleja entre la Administración y el sujeto autorizado. La legislación se demora en la configuración de la posición jurídica pasiva de éste, con la enumeración de múltiples deberes y obligaciones y en el establecimiento de un régimen de intervención administrativa que se proyecta durante la ejecución de la actividad. Por el contrario, la definición de la posición jurídica activa del sujeto autorizado precisa indagar en la naturaleza de los derechos ejercidos con la autorización.

3.1.8.1. Principales obligaciones derivadas de la autorización arqueológica: el sujeto autorizado como colaborador cualificado en la determinación de los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico y su gestión

La LPHE establece unas determinaciones mínimas consistentes, en primer término, en la necesidad de que los trabajos se sometan a procedimientos de inspección y control que garanticen que la ejecución de actividad se ciña al contenido del proyecto autorizado y con rigor científico (art. 42.1 LPHE) y, en segundo lugar, la obligación de entrega final de materiales, debidamente inventariados y catalogados, así como de la memoria de la actividad realizada (art. 42.2 LPHE). Las obligaciones y deberes –con la salvedad de la entrega de restos recuperados, que se dará sólo en aquellas actividades que impliquen remociones o extracciones- son sustancialmente de información y documentación y su finalidad es, de una parte, constituir la base que permita el control e inspección prescritos por la ley y, en segundo lugar, la rendición de cuentas "científica" del trabajo realizado, que se pone a disposición de la

Administración, para fines de gestión del Patrimonio Arqueológico, ya sea su conservación, su puesta en valor o para la divulgación del conocimiento histórico-cultural que la actividad ha generado.

En primer término, el sujeto autorizado está obligado a ejecutar la actividad ciñéndose a los términos de la autorización, so pena de sanción (art. 42.3 y 76.1.f) LPHE). Uno de los contenidos sustanciales de la solicitud y de la resolución administrativa autorizatoria es la determinación de la persona o personas que asumen la dirección, a la que se les exige estar presentes durante la ejecución de los trabajos. Sobre la dirección recae la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones y deberes[815]. Así, ha de comunicar las fechas de inicio y finalización de la actividad y documentar detalladamente el curso de las actividades –al menos para aquellas que impliquen un trabajo de campo-. Esta exigencia se suele concretarse en la redacción de un libro-diario en el que han de consignarse todas las circunstancias e incidencias que se presenten y que deberá entregarse a la finalización de la actividad junto al resto de documentación generada.

La LPHE establece un deber de comunicar los hallazgos, tanto los que se produzcan en el curso de un actividad autorizada como los de carácter casual (art. 44.1 LPHE). En el primer caso el plazo previsto para hacer efectiva la comunicación es de treinta días, en tanto que en los hallazgos casuales han de comunicarse "inmediatamente", deber a cuyo cumplimiento se vincula la

[815] Con la salvedad, de aquellas Comunidades Autónomas que han fragmentado las obligaciones entre el promotor de la actividad y el director, cuando no concurran en el mismo sujeto. Es el caso del Decreto catalán 78/2002 (arts. 10 y 11) o el castellano leonés 37/2007 (art. 112.1 y 2).

obtención del premio, de acuerdo con el artículo 44.4 LPHE. La extensión del deber de comunicación también a los "descubrimientos" que se producen en el curso de actividades autorizadas constituye puede considerarse, en cierto modo, un residuo de una concepción ya superada de la Arqueología, ligada a la búsqueda de objetos y elementos singulares, contradictoria con el concepto holístico de Patrimonio Arqueológico que abre la regulación de la LPHE. Precisamente, a la vista de la definición que contiene el artículo 40 LPHE resulta difícil concretar el ámbito objetivo del deber de comunicación que expresa el artículo 44.1 LPHE, de ahí que algunas disposiciones autonómicas hayan especificado que el deber alcanza, exclusivamente, a los hallazgos de carácter singular[816].

La finalización de los trabajos determina el nacimiento de una serie obligaciones claves para caracterizar la figura del beneficiario de la autorización. La LPHE establece, en primer término, un deber de entrega de los objetos obtenidos que se verificará en el museo o centro de depósito que determine la Administración, para lo que ha de valorar la proximidad al lugar del hallazgo y las garantías existentes para su conservación y su mejor función cultural y científica (art. 42.1 LPHE). Lógicamente, esta obligación alcanza exclusivamente a aquellas actividades en que se hubiera previsto la extracción o recogida de materiales. En tanto se hace efectiva la entrega, pesa sobre el sujeto autorizado los deberes propios del depósito legal (art. 44.2 LPHE). La normativa autonómica regula prolijamente la determinación del centro de depósito, cuya

[816] V. por ejemplo, la LPCCat (art. 51.1) o la LPCAs (art. 67.1).

especificación suele contenerse en la resolución autorizatoria[817], así como la realización de la entrega, que se formaliza mediante acta. La entrega de los restos mobiliarios recuperados es un corolario necesario de la declaración de los hallazgos arqueológicos como bienes de dominio público tras la entrada en vigor de la LPHE y constituye una diferencia esencial respecto a la regulación precedente en la que el sujeto autorizado adquiría la propiedad de los objetos descubiertos. La integración de los bienes recuperados en los fondos de un museo garantiza el acceso a los mismos del público en general y de los investigadores, en particular, y se realiza la función cultural que justifica, en última instancia, la actividad de protección del Patrimonio Cultural. En las actividades arqueológicas autorizadas la entrega de los objetos y restos recuperados está condicionada a la culminación de las tareas de documentación y análisis que exija la investigación. De ahí que ordinariamente se prevea la posibilidad de postergar, mediante autorización, los plazos inicialmente previstos cuando lo exijan los trabajos de gabinete, lo que puede venir condicionado a la suscripción de un seguro[818].

La entrega de los materiales requiere que sean inventariados y catalogados (art. 42.2 LPHE), de acuerdo con las especificaciones y protocolos que detallan los reglamentos autonómicos. Junto al

---

[817] Aunque, realmente, la valoración de los criterios que determinan el lugar de depósito definitivo sólo tiene sentido que se produzca una vez concluido el trabajo de campo y el análisis de los materiales, que revelará la cantidad, la cualidad y las necesidades de conservación de las piezas. Por ello, resulta más adecuada la opción prevista en el Decreto catalán 78/2002, en el que la decisión se adopta al final de la intervención tras un procedimiento en el que se contempla, incluso, la audiencia al ayuntamiento del lugar en que se ha producido la actividad (v. art. 25).

[818] Así lo exige el Decreto andaluz 168/2003 (art. 38.4).

inventario, la LPHE exige la entrega de una memoria de la actividad realizada, cuya presentación se fracciona en diversos momentos en la normativa autonómica. Así, suele distinguirse una memoria o informe preliminar, a la conclusión del trabajo de campo, o una memoria anual en el caso de que la actividad se prolongue por más de un año, y una memoria final a la finalización de los trabajos de análisis e inventario de los materiales extraídos, cuando la actividad se integra en un proyecto general de investigación. Las memorias dan cuenta de los objetivos alcanzados con la actividad y, con su autorización por parte de la Administración cultural, se pone fin a la relación jurídica establecida con su concesión.

El análisis de los deberes de información y documentación impuestos a los sujetos autorizados revela que aquellos no están exclusivamente relacionados con la garantía de una ejecución rigurosa desde el punto de vista científico de una actividad arqueológica sino que responden a la estrategia de canalizar a través de los sujetos autorizados tareas de gestión que se encuentran en la órbita de responsabilidad de los poderes públicos. Esto resulta especialmente evidente en relación con la labor de inventario que, en el ámbito del Patrimonio Arqueológico y, a diferencia de su gestión en otras esferas del Patrimonio Cultural, se ejecuta fundamentalmente a través del trabajo de los sujetos autorizados quienes, de este modo, se convierten en colaboradores cualificados de la Administración en la gestión. Esta función es apreciable también en aquellas actividades que no implican extracción de restos, en las prospecciones. Así, junto a la documentación que ordinariamente integra la rendición de cuentas tras la ejecución de la actividad, no es inusual que se requiera a los sujetos autorizados la confección de fichas en modelos normalizados para la actualización

de datos en las cartas arqueológicas y registros de yacimientos autonómicos[819].

Es más, en aquellos reglamentos que ofrecen una regulación más exhaustiva del tratamiento de los bienes a la finalización de la actividad, se aprecia el papel protagonista del titular de la autorización al orientar la decisión de la Administración sobre el destino final de los materiales. Ya la mayoría de los reglamentos exigen como contenido del proyecto de actividad, cuando impliquen labores de extracción o recuperación, la formulación de una propuesta de conservación y consolidación de los bienes. Un ejemplo más preciso lo ofrecen el Decreto catalán 78/2002, que dispone una serie de criterios que condicionan el tratamiento de los restos inmobiliarios a partir de las características de los restos que revele la propia investigación[820]; o el Decreto andaluz 168/2003, que contempla la posibilidad de proceder a un expurgo de los restos mobiliarios recuperados de una intervención, a partir de la propuesta y criterios o protocolos que formula el propio director de la actividad y habrán de ser aprobados por la Administración cultural[821].

De este modo, la concreción de los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico y la proyección sobre los mismos de un

---

[819] V. por ejemplo, art. 10.3 Decreto gallego 199/1997; art. 9.2 Decreto extremeño 93/1997; art. 34.3 Decreto andaluz 168/2003; art. 57.1 LFPCNa; art. 112.2.e) Decreto castellano leonés 37/2007.

[820] V. arts. 30-34 Decreto catalán 78/2002.

[821] V. art. 38.5 del Decreto andaluz 168/2003. La posibilidad de desprenderse de restos fragmentarios reiterativos o sin valor a efectos de musealización o para el estudio científico se contempla también en el Decreto balear 14/2011 (art. 15) y el Decreto catalán 78/2002, si bien en este caso la iniciativa corresponderá al director del museo que contiene los fondos (art. 29).

régimen jurídico de protección –marcado, en primer término, por la demanialidad- no se produce como consecuencia de una declaración administrativa que constata la presencia en unos bienes determinados de un interés cultural, sino a través de la asunción por parte de la Administración de la información proporcionada por el arqueólogo previamente habilitado con su autorización.

3.1.8.2. La realización de una actividad científica sobre bienes del Patrimonio Arqueológico como derecho del sujeto autorizado

Con la LPHE, la autorización administrativa no confiere más derechos que los que reportan la posibilidad de dirigir y participar en las actividades autorizadas, una vez que la declaración de los hallazgos arqueológicos como bienes de dominio público impide la apropiación de los objetos descubiertos. Por ende, quienes descubran bienes arqueológicos en el contexto de una actividad autorizada tampoco se benefician del premio previsto en el artículo 44.3 LPHE, que se arbitra exclusivamente como una medida de fomento para la comunicación de hallazgos casuales.

Entre los derechos que se vinculan a la autorización es posible distinguir dos planos, estrechamente relacionados: la realización de la investigación en sí misma y, en segundo término, los derechos de propiedad intelectual sobre las obras científicas en que la investigación se concreta.

3.1.8.2.1. Libertad de investigación y el derecho a la ejecución de una actividad arqueológica

Las actividades arqueológicas en sentido estricto (si dejamos al margen otras intervenciones sobre bienes arqueológicos sometidas a autorización cuyo fin es la conservación y consolidación de los restos) constituyen actividades de investigación: incrementan el conocimiento sobre la historia o la cultura de la humanidad siguiendo una metodología propia de una disciplina científica. Bajo el régimen actual, la autorización posibilita a sus titulares el desarrollo de una investigación sobre determinados bienes arqueológicos, investigación que, a través de su oportuna comunicación y divulgación por los canales propios de la disciplina, redunda en prestigio y reconocimiento de los participantes ante la comunidad científica y académica, en méritos en orden a la promoción profesional, a la obtención de financiación para sus investigaciones, etc[822].

---

[822] La mera participación en una investigación, como mérito, es susceptible de tutela, con independencia de la protección de los derechos de autor que depara la legislación de propiedad intelectual. Resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), núm. 40/2004, de 23 de enero (AC 2004\113), que reconoce el derecho de los miembros de un equipo de investigación a que se reconozca su participación en la investigación conjunta, de cuyos frutos se benefició en exclusiva el sujeto demandado al publicar como autor único una serie de trabajos científicos basados en datos obtenidos por el grupo de investigación en su conjunto. Los demandantes no pretendían ser reconocidos como autores de la publicación, en la medida en que las aportaciones de que se servía su compañero no se habían exteriorizado en alguna de las creaciones que tutela la Ley de Propiedad Intelectual, pero ello no impide, en palabras del tribunal, "el recurso a una acción merodeclarativa a fin de que sea reconocido y declarado, mediando un interés legítimo protegible, que ciertos contenidos intelectuales (la idea en el sentido amplio) proceden del común esfuerzo de varias personas que, por su aportación eficiente o decisiva para la creación de los mismos, han de ser tenidos como autores de ese contenido intelectual". Un comentario de esta sentencia en R. AVILÉS CARCELLER, "La investigación científica y su protección en nuestro ordenamiento a la vista de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2004", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 621, 2004, págs. 4-7 y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, "La protección de la investigación", *Aranzadi Civil,* núm. 3, 2005, págs. 2162-2163.

Las actividades arqueológicas conectan con la libertad de investigación, implícita en la libertad de producción científica que reconoce el artículo 20.1.b) de la Constitución[823]. Al amparo de este precepto, se ha sostenido que el derecho a la realización de actividades arqueológicas preexiste a la autorización y que la potestad administrativa, en la medida en que afecta al ejercicio de un derecho fundamental, no puede fundarse en apreciaciones de oportunidad[824]. Dejando de lado ahora la naturaleza de las valoraciones que efectúa la Administración, atendiendo a la tipología de las actividades arqueológicas y a la naturaleza de los bienes sobre los que se proyecta, su incidencia en éstos, no es posible afirmar la existencia incondicionada o general de un derecho a la realización de actividades arqueológicas.

La libertad reconocida en el artículo 20.1.b) de la Constitución no se diferencia de otros derechos y libertades, cuya realización debe conciliarse con la eficacia de otros contenidos constitucionales. La libertad de investigación, en la medida en que se plasma no sólo en construcciones intelectuales sino que puede requerir de acciones que interfieren o alteran la realidad circundante, encuentra límites por razón del objeto sobre el que se proyecta[825]. La libertad de

---

[823] Aunque se discute el objeto de la libertad de producción científica que reconoce el artículo 20.1.b) CE, la doctrina mayoritaria considera que integra la libertad de investigación científica como presupuesto necesario de la producción científica. Una síntesis de las diversas posiciones en la doctrina en M. A. AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, 2006, Tesis Doctoral (consultada en http://hdl.handle.net/10016/3022), págs. 281-285.

[824] V. J. BARCELONA LLOP, "Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas", cit., págs. 134-136.

[825] V. M. A. AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica…*, cit., pág. 373. El reciente Proyecto de Ley de la Ciencia, la Tecnología y la

investigación no ampara, por tanto, la realización de cualquier tipo de actividad científica. En las actividades arqueológicas, los límites que se imponen a la investigación tienen un fundamento legítimo en el mandato a los poderes públicos para la conservación y promoción del enriquecimiento del Patrimonio Cultural enunciado en el artículo 46 CE.

Sentada la legitimidad de la intervención administrativa que limita la libertad de investigación cuando se proyecta sobre el Patrimonio Arqueológico, el análisis de la posición jurídica del sujeto autorizado revela que, con frecuencia, la concesión de la autorización a favor de un investigador impide que otros investigadores y equipos puedan emprender una actividad de investigación de la misma naturaleza sobre los bienes o espacios acotados en la resolución administrativa. Es decir, la autorización confiere exclusividad al sujeto autorizado en la ejecución de la actividad planteada. El carácter exclusivo vendrá demandado, en ocasiones, por las propias características de la actividad, de las técnicas y métodos en que se traduce. El caso paradigmático es la excavación de un yacimiento o sitio arqueológico, donde la técnica empleada implica la destrucción del contexto arqueológico, por lo que la actividad produce efectos irreversibles y determina que sólo pueda ser ejecuta una vez y que no pueda ser desarrollada simultáneamente

---

Innovación, aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de mayo de 2010 alude expresamente a los límites cuando reconoce el derecho del investigador "a determinar libremente los métodos de de resolución de problemas, dentro del marco de las prácticas y los principios éticos reconocidos y de la normativa aplicable sobre propiedad intelectual, y teniendo en cuenta las posibles limitaciones derivadas de las circunstancias de la investigación y del entorno, de las actividades de supervisión, orientación o gestión, de las limitaciones presupuestarias o de las infraestructuras" (art. 13.1.b).

por varios equipos. Lo mismo podría decirse de cualquier actividad arqueológica que afecte o altere la integridad física de los bienes objeto de estudio.

Esta idea ha encontrado reflejo explícito en algunos tratamientos reglamentarios, los cuales, asumiendo las propuestas para garantizar la "propiedad científica" de los investigadores autorizados que realiza la Recomendación UNESCO de 1956 sobre principios que rigen las excavaciones arqueológicas[826], consagran un principio de exclusividad en el acceso a los bienes, en particular, cuando la actividad se enmarca en un proyecto de investigación, aunque esta exclusividad no venga necesariamente impuesta por la propia dinámica de la técnica o metodología empleada[827]. El Decreto andaluz 168/2003 da un paso más y contempla que la autorización de un proyecto general de investigación, instrumento ordenador de las diferentes actividades arqueológicas que se van a desplegar en un espacio acotado y que funciona como un primer "momento" autorizatorio de actividades arqueológicas de finalidad exclusivamente investigadora, otorga a su titular un derecho preferente a que se le concedan las autorizaciones para emprender las actividades arqueológicas que se desarrollen en el territorio afectado por el proyecto. Se justifica, así, la denegación de solicitudes

---

[826] V. el punto 24, especialmente en su apartado b).

[827] Así, el Decreto navarro 218/1986, de 3 de octubre, habla de "prioridad" en la investigación de los yacimientos a los beneficiarios de una autorización y del mantenimiento de los "derechos de propiedad intelectual" [*sic*] sobre los materiales obtenidos hasta su publicación definitiva (art. 12). Por su parte, bajo la rúbrica de "derechos de investigación e intelectuales", el Decreto balear 144/2000 garantiza a los titulares la exclusividad de las intervenciones autorizadas, que se extiende al acceso a los restos recuperados, en tanto se publica la memoria final del proyecto e impide que los materiales puedan ser estudiados por otros hasta la publicación de los resultados (art. 16.1).

de otros investigadores que pretendan operar en el mismo espacio[828]. A la vista de este peculiar efecto de la autorización administrativa, no parece que pueda sostenerse que el derecho a realizar una específica actividad arqueológica preexista en todo caso a la autorización administrativa.

También se ha de tener presente que la autorización para la realización de actividades que afectan a la integridad del Patrimonio Arqueológico confiere una facultad de uso sobre bienes de naturaleza demanial, una disposición peculiar que se traduce en su "explotación" exclusiva con fines científicos. La Administración opera, por tanto, como gestora de un recurso escaso, por cuanto su configuración original va a resultar irremediablemente alterada tras la aplicación de ciertas técnicas y metodologías[829]. Otros equipos podrán desarrollar investigaciones sobre el yacimiento o los restos extraídos, pero éstas tendrán necesariamente otro carácter: trabajaran

---

[828] Así se deduce, *a contrario sensu*, del precepto cuando afirma que la autorización de un proyecto no otorga a su titular "derecho preferente alguno […] para realizar las actividades arqueológicas preventivas o urgentes que hayan de realizarse en el ámbito territorial del Proyecto autorizado (art. 19.4 Decreto 168/2003). La STSJ Andalucía de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla de 20 de octubre de 1995 avala la denegación de una solicitud para realizar una actividad arqueológica con base en la existencia de un proyecto de investigación autorizado en vigor sobre el mismo territorio.

[829] En este sentido, la doctrina señala el caso de las autorizaciones cuya concesión está limitada en número como argumento que debilita la nota de la preexistencia del derecho como característica esencial a la categoría de la autorización; v. por todos F. LÓPEZ MENUDO, "Autorización", en VV. AA. (ed. A. MONTOYA MELGAR), Enciclopedia Jurídica Básica, vol. I., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 713.

a partir de la documentación elaborada por el primer equipo que intervino o estudiarán los materiales extraídos separados de su contexto.

Estas apreciaciones no significan negar la eficacia de la libertad de investigación en el ámbito arqueológico. En primer término, la investigación arqueológica, tal como hoy es concebida, no demanda inexcusablemente el recurso a actividades o técnicas que alteran o modifican la integridad física de los bienes que componen el Patrimonio Arqueológico. Respecto de las actividades que no poseen este alcance resultaría oportuno situar en primer plano el ejercicio de la libertad de investigación y, como se ha señalado al tratar el carácter de la potestad, modificar el papel que cumple la intervención administrativa de control.

En todo caso, habría que distinguir dos planos que, aunque conectados, no se encadenan necesariamente. El derecho a ejecutar una concreta actividad arqueológica, si ésta altera la integridad de los bienes arqueológicos, nace con la autorización administrativa, aunque tenga como trasfondo el derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución. La libertad de investigación, en estos casos, opera más bien como un requisito que cualifica al sujeto autorizado. Es decir, sólo quien desempeña tareas de investigación –y aquí, interesa recordar que aunque la titularidad de esta libertad se reconozca con carácter universal a cualquier sujeto, *de facto* su ejercicio se vincula a determinados entornos institucionales- está habilitado legalmente para obtener una autorización. La libertad de investigación se manifiesta, en todo caso, en la formulación de un proyecto con arreglo a teorías, hipótesis o planteamientos científicos libremente asumidos por el solicitante, pero el derecho a llevar a

efecto determinadas técnicas y ejecutar operaciones que pueden alterar o poner en riesgo la integridad física del Patrimonio Arqueológico tendrá su origen en una decisión administrativa en atención a criterios relativos a la gestión y protección de estos bienes.

La existencia de tal derecho, aunque con base en argumentos que no comparto en su integridad, ha sido negada por el Tribunal Supremo, en la sentencia de la Sala de lo Penal de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000/9963), al estimar que la denegación sistemática de la autorización para realizar actividades arqueológicas no constituye un delito de funcionario público contra las garantías constitucionales por impedir el ejercicio de los derechos cívicos (art. 542 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)[830].

---

[830] En palabras del Tribunal Supremo "[n]o puede ser definido como derecho cívico es decir, como derecho que se tiene por el mero hecho de ser ciudadano, la facultad de realizar excavaciones arqueológicas cuando esta actividad está sometida a un régimen de autorización administrativa. Si la Administración, como es el caso, se reserva la potestad de conceder licencia para llevar a cabo dichas excavaciones, en el ejercicio de la función protectora del patrimonio cultural e histórico que sin duda alguna le incumbe, *no se puede decir que el ciudadano* –sea docente, investigador profesional o mero aficionado– *tenga un derecho preexistente a la concesión de la licencia que le permita realizar las excavaciones. Tendrá el derecho de realizarlas aquel a quien le sea otorgada la licencia y sólo porque le es otorgada, puesto que en tales supuestos la licencia tiene, en cierto modo, el significado del levantamiento puntual de una prohibición general de hacer excavaciones de esta naturaleza en determinados lugares.* No existe, pues, el derecho cívico que el recurrente supone. La libertad de cátedra reconocida en el art. 20 c) CE –no, por cierto, la libertad de investigación que la norma constitucional no menciona– permite al docente orientar libremente la enseñanza de la ciencia que profesa, pero en ella no está incluida la libertad irrestricta de buscar los materiales que estime necesarios para el cultivo de su ciencia si dicha búsqueda está sometida a condicionamientos legales o reglamentarios que tratan de preservar legítimos intereses públicos o privados, de forma que un profesor de Arqueología no puede ampararse en la libertad de cátedra, que indiscutiblemente tiene, para arrogarse el derecho de buscar libremente –como si de un derecho cívico se tratase, anterior a toda intervención administrativa– los restos arqueológicos que estime necesarios para su labor investigadora y docente. En esa fase previa y preparatoria de su tarea profesional el profesor-investigador no ejercita derecho alguno sino cuando, mediante la concesión de la oportuna licencia, le es reconocido por la autoridad administrativa

Por otra parte, si se atiende a las intervenciones de naturaleza preventiva o de urgencia, la libertad de investigación no se encuentra en la base de la actividad arqueológica, no determina su impulso ni cualifica al solicitante de la actividad. Aunque también en estos casos la actividad arqueológica persigue incrementar el conocimiento mediante la aplicación de ciertas técnicas y metodologías, la investigación aquí tendrá un carácter meramente instrumental y subordinado a la protección del Patrimonio Arqueológico. El ordenamiento jurídico, los instrumentos de gestión del Patrimonio Arqueológico inmobiliario y decisiones administrativas previas a la autorización de la actividad, han determinado la necesidad de ejecutar una intervención. En este caso, el arqueólogo funciona como una suerte de agente de la Administración, con independencia de que la relación contractual se establezca entre el arqueólogo y el promotor que ha de financiar las operaciones de Arqueología preventiva o con la Administración que ha decidido la ejecución de una intervención arqueológica de urgencia. Esta posición determina que la formulación del proyecto pueda ser intensamente modulada por la Administración, incluso en lo relativo al planteamiento científico de la actividad. La actuación del arqueólogo, por tanto, en este tipo de actividades se desenvuelve no en el contexto de la libertad de investigación constitucionalmente reconocida, sino en el de la libertad de empresa, ofreciendo al mercado servicios de

---

encargada de ordenar ese sector de la actividad científica. Y si el derecho reconocido en el art. 20 c) CE no pudo ser vulnerado por las resoluciones del acusado, consideradas por la parte recurrente constitutivas de prevaricación, aún menos pudieron serlo los derechos del propio recurrente que se proclaman en el art. 27 de la misma Norma en el que los bienes jurídicos protegidos son completamente distintos de los que se insertan en la órbita de la libertad de cátedra."

consultoría arqueológica. Se trata, en cualquier caso, de un ámbito de actuación cuya colonización por la libertad de empresa es consecuencia de una decisión sobre el modo de gestión de las funciones administrativas preventiva y de protección frente al expolio que adopta el ordenamiento jurídico, al haber optado por externalizar las actividades materiales que constituyen el presupuesto para la adopción de decisiones administrativas relativas a la conservación de los bienes. No puede, tampoco, invocarse en estos casos la preexistencia de un derecho a la realización de actividades arqueológicas con fundamento en la libertad de empresa.

3.1.8.2.2. Los resultados de la investigación arqueológica: modulaciones en los derechos que integran la propiedad intelectual

La ejecución de la actividad arqueológica, como la de cualquier investigación, se traduce en conocimiento, pero para que éste pueda ser objeto de difusión y para que los investigadores obtengan el oportuno reconocimiento por sus hallazgos en el seno de la comunidad científica, los resultados deben exteriorizarse en artículos, monografías, gráficos u otro tipo de documentos científicos. En el ámbito arqueológico, además, la gestión de las actividades arqueológicas tiene por objeto garantizar la difusión del conocimiento que proporcionan las intervenciones, no sólo para que revierta en la comunidad científica y permita el avance de la disciplina, sino como uno de los medios a través de los cuales se hace efectivo el derecho de acceso a la cultura. De este modo, la difusión y publicación de los resultados de la investigación que pudo desarrollarse merced a la autorización no constituye una mera facultad del sujeto autorizado, sino que entra dentro de la esfera de

sus deberes deontológicos, e incluso jurídicos, a la luz de los principios que sanciona el Derecho Internacional[831].

Sobre las obras de carácter científico en que se exterioriza la investigación arqueológica corresponde a sus autores los derechos que reconoce la legislación de propiedad intelectual. No obstante, es apreciable que el sujeto autorizado queda sometido a un régimen en el que se introducen importantes límites o modulaciones en el ejercicio de los derechos morales y de explotación. Así, algunas regulaciones establecen que la publicación científica de los resultados deba ser comunicada a la Administración autorizante[832]. El sentido de esta carga no es propiamente establecer un control sobre los canales elegidos para la divulgación, sino dotar a la Administración de un instrumento que le permita obtener información sobre la "rentabilidad científica" de las actividades autorizadas. Distinto carácter presenta la previsión de límites a la divulgación en publicaciones científicas de datos sobre ubicación de yacimientos obtenidos en prospecciones, mediante, por ejemplo, la exigencia de

---

[831] Téngase en cuenta que la Recomendación UNESCO de 1956 sobre los principios que rigen las excavaciones arqueológicas planteaba la conveniencia de que los Estados impusieran la obligación de publicar los resultados (Punto 24.b). A su vez, en instrumentos convencionales los Estados asumen la obligación de asegurar la difusión de la información arqueológica adoptando medidas que posibiliten las publicaciones científicas (arts. 4.1. CEPPA y 7.2 CEPPA rev). En el caso del Patrimonio Cultural Subacuático, la Convención UNESCO del 2001 especifica la necesidad de que el proyecto de intervención recoja un programa de publicaciones (Norma 10, apartado p). En términos generales, además, el estatuto del personal investigador que esboza del Proyecto de Ley de la Ciencia, de la Tecnología y de la Innovación de 2010 recoge el deber de difundir las investigaciones (art. 14.c).

[832] Se prevé, por ejemplo, en el Decreto gallego 199/1997 (art. 14.2), en el Decreto de Castilla y León 37/2007 (art. 116).

autorización previa a la publicación[833]. La medida se inscribe en la línea de otras disposiciones, comunes en nuestro ordenamiento, que limitan la difusión y el acceso público a los datos que obran en las cartas e inventarios de yacimientos arqueológicos con justificación en la protección del Patrimonio Arqueológico. Se trata de limitaciones cuya eficacia en la prevención del expolio es discutida[834] y que, en cambio, pueden saldarse en severas restricciones al contenido del derecho moral de los autores y, en su caso, a los derechos de explotación, por lo que demanda una aplicación estricta desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Una afectación más intensa supone la cesión de los derechos de explotación por tiempo determinado sobre los informes, memorias o documentos generados en el curso de una investigación autorizada o la prioridad para su publicación por parte de la Administración autorizante. Se trata de una previsión habitual en los casos de financiación pública mediante subvención: la cesión en estos casos es legítima al operar sobre el previo consentimiento del sujeto autorizado a las condiciones que figuran en las propias bases de la convocatoria[835]. También con base en el consentimiento, se justifica la

---

[833] Así lo hace el Decreto andaluz 168/2003 (art. 37.1). La Orden valenciana de 31 de julio de 1987 contiene, por su parte, un precepto excesivo y de difícil justificación al sujetar en todo caso a autorización la publicación de reproducciones fotográficas o imágenes del material obtenido (art. 18, 2º párrafo).

[834] Especialmente críticas se muestran M. A. QUEROL y B. MARTÍNEZ DÍAZ quienes entienden que el secreto sobre la localización de los yacimientos no incide notablemente en una reducción del riesgo de expolio y, como efecto colateral, incrementa el extrañamiento de la ciudadanía, cuya colaboración en la protección de este Patrimonio es esencial; v. de las autoras *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España,* cit., pág. 217.

[835] Así lo disponen el Decreto andaluz 168/2003 (art. 37.2); el Decreto gallego 199/1997 (art. 14.1), o Orden de la Consejería de Cultura valenciana de 31

cesión, siempre que haya sido expresamente prevista, cuando el arqueólogo se encuentra vinculado a la Administración por un contrato administrativo de servicios, aunque no constituya propiamente un supuesto de relación laboral, de acuerdo con el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

Al margen de estos supuestos, la cesión forzosa de los derechos de explotación sobre informes, memorias o demás documentos o la imposición de que la difusión se realice en publicaciones que edita la Administración carece de justificación[836]. La promoción de la publicación científica de los resultados de la investigación que incumbe a los poderes públicos no habilita en ningún caso la apropiación por la Administración de los derechos de explotación. Es más, eventualmente puede traducirse en un menor impacto de la investigación por la reducida difusión de las publicaciones o en una menor credibilidad científica al no estar sometida la publicación a un proceso de revisión por pares. Tampoco se justifica en la posición peculiar que ostenta el sujeto autorizado como colaborador cualificado en la gestión del Patrimonio Arqueológico que, si bien permite la imposición de deberes de

---

de julio de 1987 (art. 18), que somete a autorización la difusión en publicaciones ajenas a la Consejería.

[836] Así, conceden un derecho prioritario de la Administración autorizante para la publicación de los informes o memorias que genera la intervención, los Decretos murciano 180/1987 (art. 6.2), extremeño 93/1997 (art. 13) y el, recientemente derogado, Decreto balear 144/2000 (art. 17). Por su parte, el Decreto canario 262/2003 alude a una reserva del derecho de publicación de la memoria por el órgano autonómico competente, siempre que exista previa conformidad de los autores. La licitud de esta disposición dependerá de que el consentimiento de los autores no se exija como condición para obtener la autorización para realizar la actividad arqueológica.

documentación y comunicación, no los convierte en agentes que actúan en desarrollo de su investigación por cuenta de la Administración.

3.2. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la autorización de actividades arqueológicas

3.2.1. La falsa unicidad de la autorización de actividades arqueológicas como técnica de intervención

La técnica de la autorización, empleada inicialmente para el control de las excavaciones arqueológicas, se extiende hoy a una variedad de actividades de investigación cuya incidencia sobre el Patrimonio Arqueológico es bien diversa. El examen de los supuestos sujetos a autorización revela que este instrumento ha dejado de servir únicamente a la finalidad de protección de la significación histórico-cultural del Patrimonio Arqueológico, garantizando que las intervenciones con potencial incidencia sobre la integridad de estos bienes reúnan unos requisitos mínimos de rigor científico. Junto a esta finalidad protectora, emerge la obtención de información sobre el Patrimonio Arqueológico como propósito principal de la intervención administrativa en no pocas actividades autorizables. Así, con la autorización se entabla una relación jurídica entre el sujeto autorizado y la Administración, por la cual éste se convierte en un colaborador cualificado en la gestión del Patrimonio, que proporciona información científica, documenta y registra yacimientos, eventualmente inventaría y cataloga objetos, a cambio de que aquélla garantice un acceso exclusivo al estudio de los bienes durante el tiempo necesario para consolidar una "propiedad científica" sobre los hallazgos y la propiedad intelectual sobre las

obras en que se exterioriza la investigación. Por otra parte, la autorización se extiende a actividades arqueológicas cuya realización no es iniciativa del sujeto autorizado, sino que responde a determinaciones legislativas imperativas y decisiones de la Administración en espacios sometidos a medidas de prevención o que demandan una protección urgente. Toda esta multiplicidad se reconduce a la figura de la autorización y a un régimen jurídico que apenas conoce variaciones en cuanto a los requisitos a tener en cuenta o al procedimiento seguido para autorizar.

La autorización administrativa constituye una técnica de control que ha mostrado una gran versatilidad, conquistando espacios para satisfacer las más variadas necesidades de intervención administrativa. La autorización ha sido definida como una técnica de control preventivo fundada en razones de legalidad o de oportunidad de actividades en régimen de libre iniciativa (autorizaciones de policía), de aprovechamientos cualificados del dominio público (autorizaciones demaniales) o de la propia competencia (autorizaciones competenciales)[837]. Dejando al margen la tercera variante, que no constituye un supuesto de control de actividades de los particulares, el recurso a la autorización como técnica de control previo se justifica por la necesidad de garantizar la conformidad con el ordenamiento jurídico, evitar posibles afectaciones a bienes jurídicos preciados, eludir lesiones a bienes de dominio público que puedan derivarse de un uso intenso o cualificado de los mismos o, eventualmente, ordenar la asignación de

[837] Por todos, cito aquí, la definición efectuada por J. C. LAGUNA DE PAZ, en *La autorización administrativa,* Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 52.

recursos escasos[838]. Todas estas notas son reconocibles en la autorización de actividades arqueológicas.

No obstante, la diversidad de comportamientos sometidos a autorización permite apreciar algunas diferencias en cuanto a la naturaleza y la función que en cada caso cumple la autorización. El criterio de diferenciación ha de ser la incidencia que sobre los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico presentan las actividades que han de autorizarse. En este sentido, aquellas intervenciones que puedan alterar la integridad física del yacimiento o de los materiales estudiados y que, por esta razón, impongan una limitación o exclusión temporal del acceso de terceros investigadores a los restos durante el tiempo de vigencia de la autorización, pueden inscribirse dentro del tipo de las autorizaciones demaniales. En este caso, el título administrativo habilita para un aprovechamiento especial de bienes integrantes del dominio público caracterizado por una especial intensidad o peligrosidad para la integridad física de los bienes, a lo que se une la necesidad de ordenar el acceso a la investigación sobre unos recursos científicos escasos e irrepetibles en su singularidad. Tampoco resulta descabellado entender que si el aprovechamiento de la investigación arqueológica se garantiza a un sujeto o entidad por un periodo prolongado en el tiempo, al amparo de un proyecto de investigación a desarrollar en diversas anualidades, pueda configurarse como una concesión administrativa. En cualquier caso, interesa destacar que cuando las actividades pretendidas presentan este potencial de incidencia sobre los bienes del Patrimonio Arqueológico, es forzoso que el ejercicio de la

[838] V. J. C. LAGUNA DE PAZ, ob. cit., págs.56-57.

potestad incorpore elementos de discrecionalidad y que el derecho a efectuar la actividad nazca con la resolución administrativa, que poseería eficacia constitutiva[839]. Este mayor alcance justifica que la actividad se sujete a una estrecha supervisión y que en el curso de la relación que se entabla entre sujeto autorizado y Administración elementos singulares atinentes a la ejecución de la actividad queden sometidos a ulteriores autorizaciones y controles. La intensidad de la intervención administrativa la sitúa en la esfera de la discutida figura de la autorización operativa[840].

En los casos en que la actividad arqueológica no tiene este alcance sobre los bienes (supuesto que se contrae, en la práctica, a la prospección arqueológica) la autorización debe cumplir una mera función de policía administrativa, por la que se verificaría

---

[839] Discrepo en este punto del planteamiento, a mi juicio voluntarista, de J. LAGUNA DE PAZ que entiende que la autorización demanial posee carácter declarativo, como argumento que justifica la unicidad de la autorización como técnica de control con base en la nota de la preexistencia del derecho al uso común especial, no obstante tenga que limitarse el número de sujetos que puedan tener acceso al mismo; v. *La autorización administrativa,* cit., págs. 148-150. En su lugar, suscribo el análisis más realista de T. R. FERNÁNDEZ, expresado en respuesta a LAGUNA, en "Breves reflexiones sobre la autorización previa", en VV. AA. *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy.* Actas del I Congreso de Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 15-23. En todo caso, la construcción de la autorización como técnica que remueve un obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente, dista de ser asumida con carácter general en la doctrina, v. por todos, R. MARTÍN MATEO, "Silencio administrativo y actividad autorizante", *RAP*, núm. 48, 1965, págs. 205-239 y F. LÓPEZ MENUDO, "Autorización", cit., pág. 713.

[840] Así lo entiende R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico...*, cit., pág. 369. El cuestionamiento de la autorización operativa como auténtica autorización se justifica en que el poder de dirección que ostenta la Administración resulta incompatible con el ejercicio de una libertad o derecho que, según J. LAGUNA DE PAZ, constituye un elemento esencial para caracterizar a esta figura; v. *La autorización administrativa,* cit., págs. 65-66.

simplemente que la actividad que se pretende ejercer se ajusta a las exigencias formuladas por el ordenamiento jurídico para garantizar el perfil profesional y la formación científica de los sujetos autorizados, lo que asegura que la Administración obtenga información fiable que aproveche a sus tareas de gestión del Patrimonio Arqueológico. La prevalencia que debe concederse, en tales casos, a la libertad de investigación condiciona la intensidad de la intervención administrativa, de modo que la autorización ha de cumplir aquí estrictamente una función de remoción de obstáculos al ejercicio de un derecho preexistente[841].

El hecho de que la autorización de actividades arqueológicas encubra, en realidad, dos tipos diversos de control previo de la actividad privada permite proyectar una mirada crítica hacia algunas de las determinaciones del régimen jurídico aplicable, marcado por un alto grado de homogeneidad. Algunas de estas apreciaciones ya se han desgranado en las páginas precedentes, por lo que no he de reiterarlas. Apunto sólo ahora como el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta unívoca al problema de la falta de resolución y notificación en plazo de las solicitudes de actividades arqueológicas. Así, la LPHE exige que toda excavación o prospección arqueológica

[841] Aunque, en líneas generales, comparto el criterio de R. ALONSO IBÁÑEZ sobre lo inadecuado de circunscribir la autorización en materia de Patrimonio Cultural a la actividad de policía administrativa, que expresa en *El Patrimonio Histórico…*, cit., pág. 365, considero que la variedad de actividades arqueológicas que se sujetan a autorización administrativa y su diversa incidencia sobre el Patrimonio Arqueológico permite distinguir distintas funciones en el control administrativo y considerar que, cuando la actividad proyectada no compromete la integridad de los bienes, el control administrativo debe ceñirse a la policía administrativa del ejercicio de la libertad de investigación.

sea *expresamente* autorizada (art. 42.1 LPHE)[842]. Esta determinación se ha traducido por la legislación autonómica en la previsión explícita de que la falta de resolución y notificación de los procedimientos de autorización implique, por regla general, la desestimación presunta de las solicitudes. Una llamativa excepción a este panorama general la ofrece la regulación cántabra, que contempla el silencio positivo (art. 56 Decreto 36/2001, de 2 de mayo)[843].

A la vista del criterio aportado que permite distinguir dentro de la autorización arqueológica dos especies, la desestimación presunta debería reservarse a las solicitudes de actividades que impliquen una alteración de la cualidad física de los bienes sobre los que se proyecta la investigación (excavaciones, catas, sondeos, incluso la recogida de muestras en el curso de una prospección) o que por la especial fragilidad de los restos puedan afectarlos (estudio de arte rupestre). En tales casos, resulta evidente que existen imperiosas razones de interés general –de acuerdo con la nueva formulación dada al art. 43.1 LRJPAC por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre- que justifican que el legislador establezca un silencio

---

[842] Entiende que el precepto no excluye la posibilidad de silencio positivo, salvo que se disponga expresamente que quedará desestimada la solicitud si no recae una resolución expresa J.BERMÚDEZ SÁNCHEZ, "Mecanismos de protección…", cit., pág. 105.

[843] A todas luces, la solución del Decreto cántabro parte de la consideración implícita de que la realización de actividades arqueológicas constituye el ejercicio de un derecho que encuentra su fundamento en el reconocimiento constitucional de la libertad de producción científica (art. 20.1.b CE). En consonancia con esta idea, el Decreto tasa los motivos por los que puede denegarse la solicitud en la falta de capacitación profesional o la inadecuación del proyecto para la actividad planteada, lo que parece excluir cualquier criterio de oportunidad en la adopción de la decisión (art. 53.6 Decreto 36/2001). Así lo entiende, también, J. BARCELONA LLOP, "Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas", cit., pág. 135.

negativo. A ello se añade la consideración de que los bienes sobre los que recae la investigación son de dominio público y que la actividad pretendida implica, en cierto modo, el traspaso de facultades o derechos sobre ellos, siquiera sea a efectos de su "explotación científica" (art. 43.2 LRJPAC)[844]. La intensidad o exclusividad del acceso del solicitante a los bienes arqueológicos justifica también la opción por el silencio negativo en las autorizaciones para el análisis de materiales depositados en los museos. Por el contrario, en actividades que no afectan a la integridad material de los bienes ni requieren para su ejecución un acceso exclusivo (prospecciones sin recogida de materiales) no parece justificada por razones de interés general ni ajustada al principio de proporcionalidad la desestimación presunta de las solicitudes. Es más, la finalidad perseguida con el control a que se someten las prospecciones arqueológicas permite dar un paso más y cuestionar la adecuación de la autorización como técnica de intervención.

3.2.2. La conveniencia de sustituir la autorización por otras técnicas para el control de actividades arqueológicas sin incidencia en la integridad física del Patrimonio Arqueológico

A lo largo de las páginas anteriores se ha señalado el mandato a los poderes públicos para la conservación y promoción del enriquecimiento del Patrimonio Cultural como el fundamento que legitima la intervención administrativa concretada en la autorización de las actividades arqueológicas. La conexión que estas actividades

[844] Señala también la naturaleza demanial de los bienes como determinante del silencio negativo J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, si bien lo extiende también a la autorización de prospecciones, en "Mecanismos de protección…", cit., pág. 105.

presentan con la libertad de investigación exige revisar si, en todo caso, resulta adecuado, proporcionado y razonable someter su ejecución a una previa autorización administrativa. La necesidad de esta evaluación resulta, si cabe, más imperiosa a la luz de los principios recogidos en el artículo 39 bis.1 LRJPAC, introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que imponen una reflexión a legislador y administración sobre los mecanismos jurídicos arbitrados para limitar o condicionar el ejercicio de derechos, que tenga en cuenta su necesidad y adecuación para la protección de intereses públicos.

Desde estas premisas, debe reiterarse que la incidencia o inocuidad de las actividades arqueológicas que pretenden ejecutarse sobre la integridad material de los yacimientos o los bienes objeto de estudio ha de ser el criterio esencial a tener en cuenta en la determinación de la técnica administrativa de intervención. Cuando la actividad arqueológica implica una alteración del contexto o de la configuración física de los bienes es ineludible recurrir a un control administrativo *a priori* ya que, de otro modo, pueden producirse daños irreparables al Patrimonio Arqueológico. Este control debe extenderse, en primer término, a valorar la aptitud profesional y científica de quien pretende ejecutarla y, –lo que resulta más relevante a efectos de esta reflexión- exige una ponderación entre la rentabilidad científica que reporta la intervención, lo que requiere una valoración de su interés y adecuación científica- y las necesidades que impone la gestión del Patrimonio Arqueológico, fundamentalmente, desde el punto de vista de la protección y conservación de estos bienes. La decisión incorpora, necesariamente, elementos de oportunidad que trascienden la llamada discrecionalidad técnica. Si a ello se añade que, por las propias

características de la actividad y del medio arqueológico sobre el que incide, sólo podrán desarrollar estas actividades un número limitado de sujetos, el sometimiento a una previa autorización resulta ineludible para la protección de los intereses concernidos[845].

No puede decirse lo mismo de las actividades que, como la prospección sin remoción o el mero estudio gráfico de un yacimiento, no inciden sobre el Patrimonio Arqueológico alterando la integridad física del contexto o de los restos. El sometimiento de las prospecciones a autorización, que se formula ya desde la Recomendación UNESCO 1956 sobre principios que rigen las excavaciones arqueológicas, se ha venido justificando en el riesgo de expoliación que se deriva de una libertad incondicionada en la realización de este tipo de exploraciones, ya que la prospección o cualquier medio para la localización de yacimientos constituye el paso previo a una intervención de alcance expoliador. Este riesgo se incrementaría por el desconocimiento por la Administración Pública de las personas que vienen desarrollando estas tareas.

Por lo que hace a esta última consideración, la finalidad de que la Administración conozca qué sujetos realizan una actividad para poder desplegar funciones de vigilancia puede alcanzarse sin necesidad de recurrir a la autorización, basta para ello acudir a la comunicación previa, opción que adopta el legislador vasco respecto a las prospecciones sin remoción, como ya se indicó. Pero, a todas

---

[845] Desde otra perspectiva, sobre el juego de las figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable, señala la discrecionalidad y la asignación de recursos escasos como ámbitos característicos de la autorización F. LÓPEZ MENUDO, "La transposición de la Directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista Española de la Función Consultiva,* núm. 14, 2010, pág. 135.

luces, no parece que esta técnica baste para atender los intereses públicos implicados en estas actividades. Téngase en cuenta que la autorización de una prospección implica para el solicitante, por regla general, una serie de deberes de comunicación a la Administración de información arqueológica imprescindible para la gestión de este Patrimonio y que, precisamente para la eficacia de esa gestión, los datos e informaciones proporcionadas han de ser fiables, en términos científicos. Por ello interesa que estas actividades sean emprendidas por personas con conocimientos o formación arqueológica. Piénsese no sólo en la información que nutre inventarios y cartas de riesgo arqueológico, sino en las actividades arqueológicas de evaluación que se derivan de mecanismos de control preventivo de obras y remociones de tierra en zonas arqueológicas o zonas de sospecha arqueológica, que vienen siendo ejecutadas por profesionales de la Arqueología que desenvuelven su actividad en entornos no académicos o estrictamente científicos y que condicionan la decisión de la Administración cultural. Por otra parte, como se indicó, es común que el incumplimiento de ciertos deberes derivados de la autorización (por ejemplo, el depósito de materiales cuando hay remoción, o la entrega de las memorias) en una actividad arqueológica anterior lleve aparejada la prohibición de nuevas autorizaciones en tanto no sean atendidos. La prohibición de obtener nuevas autorizaciones durante un plazo determinado puede ser, asimismo, una medida sancionadora por la deficiente ejecución de una actividad arqueológica.

Todas estas razones justifican la habilitación de un control previo de estas actividades aunque, por sus características, no haya de materializarse necesariamente en la exigencia de autorización. Desde esta perspectiva, la técnica de la comunicación previa con

potestad de veto por la Administración cultural dentro de un plazo puede satisfacer las mismas finalidades con un menor coste para el principio de libertad. En estos casos, al no tratarse de actividades que impliquen una alteración de la integridad física de los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico no precisan de un título administrativo habilitante, el fundamento de su ejercicio se encontraría directamente en la libertad de investigación[846]. En el caso de las actividades arqueológicas preventivas, merced a la "mercantilización" que han propiciado las legislaciones autonómicas, podría invocarse la libertad de empresa. No obstante, la necesidad, más acusada, de controlar la profesionalidad de los arqueólogos que prestan este tipo de servicios, puede seguir haciendo necesario un título administrativo de alcance genérico (inscripción en un registro, habilitación previa, etc), sin perjuicio del régimen de comunicación previa.

Importa destacar que controlar los planteamientos científicos sobre los que se basa una actividad arqueológica no constituye, de suyo, una misión que competa a la Administración. La Administración no es guardiana, con carácter general, del rigor de las investigaciones científicas: la ciencia ha desarrollado sus propios mecanismos internos. La incursión de la Administración en este tipo de valoraciones sólo se justifica en la medida en que la investigación requiera emplear técnicas y métodos que ponen en riesgo otros

---

[846] Como señala M. C. NÚÑEZ LOZANO, la diferencia entre la autorización y la comunicación previa con potestad de veto administrativo sujeta a plazo reside en la consideración de las actividades sujetas a este segundo régimen como manifestaciones o expresiones de libertad no necesitadas de título jurídico alguno habilitante, en *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 111.

bienes cuya tutela recae en la esfera de responsabilidad de los poderes públicos. Sólo en esos casos, la Administración ha de proceder a ponderar, de una parte, los beneficios científicos esperables de la investigación planteada y la afectación que puedan sufrir los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico, de otra.

El recurso a la técnica de la comunicación previa con potestad de veto sujeta a plazo no impediría, por otra parte, que llegue a la Administración la información arqueológica obtenida en el curso de la actividad. En el caso de las actividades con causa en una investigación, bastaría con formular un deber de cooperación exigible a todos los sujetos que hubieran comunicado su realización. En el caso de las actividades arqueológicas preventivas, la aportación de esta información por el promotor es, en todo caso, una carga para obtener la autorización de su proyecto.

3.3. Algunas reflexiones sobre la financiación de las actividades de investigación arqueológica. En particular, los casos de la Arqueología preventiva y de urgencia

Al tratar la tipología de las actividades arqueológicas hubo ocasión de exponer como la normativa autonómica, no sólo ha multiplicado la variedad de actuaciones que se someten a autorización administrativa, sino que ha dado carta de naturaleza a la clasificación de aquéllas en atención a los motivos que impulsan su realización. De este modo, con carácter general, las Comunidades Autónomas distinguen, bajo diversas denominaciones, las actividades arqueológicas programadas o sistemáticas, cuya ejecución viene demandada por un proyecto de investigación en el que se insertan o, en todo caso, por la necesidad de alcanzar un

objetivo científico, sin que medien razones ajenas a la propia dinámica de la investigación; las actividades preventivas, necesarias para evaluar la potencial incidencia de proyectos aún no autorizados sobre el Patrimonio Arqueológico conocido o presunto presente en un determinado espacio y, en su caso, para compatibilizar la preservación de estos bienes o la recuperación de la información científico-cultural que incorporan con la ejecución del proyecto que las motiva; y, por último, las actividades de rescate, urgentes o de emergencia, que presentan un carácter residual y obedecen a la necesidad de evaluar con urgencia la entidad del Patrimonio Arqueológico desvelado por un hallazgo fortuito en el curso de operaciones que pueden comprometer su integridad o, eventualmente.

La distinción de los escenarios en que se desenvuelven las actividades arqueológicas, aparte de su conexión con diferentes niveles de discrecionalidad en la potestad administrativa de autorización, tiene unas especiales consecuencias patrimoniales, ya que van asociados a la previsión de diversas fuentes para la financiación de las actividades arqueológicas. En este sentido, la financiación de las actividades programadas o sistemáticas depende esencialmente de los presupuestos públicos, mediante la subvención de proyectos de investigación arqueológica, labor que se inscribe en el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 44.2 CE para la promoción de la actividad científica y técnica en beneficio del interés general.

Frente a las actividades arqueológicas sistemáticas o programadas, el régimen de financiación de las actividades preventivas o de urgencia se caracteriza por la preponderancia de la

financiación privada vinculada al establecimiento de mecanismos de protección que implementan cautelas arqueológicas. El vigente panorama normativo es resultado del desarrollo de la legislación autonómica ya que, como se expondrá a continuación, la LPHE contenía unas determinaciones muy limitadas en orden a la protección preventiva del Patrimonio Arqueológico y sentaba principios radicalmente diversos en orden a la financiación de este tipo de actividades arqueológicas. A continuación se exponen sintéticamente las determinaciones de Derecho positivo en esta materia, antes de analizar críticamente los posibles argumentos que fundamentan el desplazamiento de estos costes a sujetos privados.

3.3.1. La previsión de deberes de financiación privada de actividades arqueológicas en el ordenamiento jurídico vigente

3.3.1.1. Las ambiguas previsiones de la Ley del Patrimonio Histórico Español sobre el régimen de financiación de las actividades preventivas y de urgencia

Pese a la fecha de su promulgación, el planteamiento de LPHE responde en gran medida al patrón tradicional en el que la conveniencia de las actividades arqueológicas viene marcada por las necesidades que plantea la investigación en contextos científicos o académicos. En este sentido, la previsión de mecanismos preventivos de protección que lleven aparejada la ejecución de intervenciones arqueológicas tiene un carácter anecdótico. De una parte, se contempla que cualquier obra o remoción de terreno que proyecte llevarse a cabo en los bienes de interés cultural del tipo zona arqueológica, requiere ser autorizada previamente por la

administración competente en materia de patrimonio histórico. Con carácter previo, aquélla "podrá […] ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la presente Ley" (art. 22.1 LPHE). De otra parte, la administración está habilitada para ordenar eventualmente la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, supuesto en el que procede indemnizar de conformidad con las previsiones de la Ley de Expropiación Forzosa (art. 43 LPHE)[847].

A la vista de estos preceptos, la conclusión más nítida que puede obtenerse es que la realización de intervenciones arqueológicas preventivas presenta un carácter facultativo en la LPHE, enteramente dependiente de las órdenes que formule la administración, ya se trate de espacios en los que consta la existencia de restos arqueológicos de especial relevancia (zona arqueológica) como de áreas donde la presencia de bienes del patrimonio arqueológico es meramente presunta. En segundo lugar, se aprecia que la LPHE sienta el principio de financiación pública de las intervenciones arqueológicas en espacios donde se presume la existencia de restos arqueológicos. Al menos, así se deduce del deber administrativo de indemnizar los daños que genere la ocupación temporal para realizar los trabajos, lo que implica que es la administración quien se responsabiliza de su ejecución. En cambio, resulta dudoso el tratamiento dispensado a las intervenciones

[847] Sería aplicable en tales casos la indemnización por ocupación temporal para la realización de excavaciones arqueológicas que contempla el artículo 83 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

arqueológicas preventivas en zonas arqueológicas ya que, aunque se ejecuten por orden de la administración, se trata de espacios en los que la existencia de restos arqueológicos no sólo es conocida sino que, además, por su relevancia se procede a la declaración como bien de interés cultural. En este caso, la orden administrativa de realizar intervenciones arqueológicas no se emite en un escenario análogo a aquel para el que se ha previsto la indemnización administrativa, aunque el artículo 22.1 LPHE remita genéricamente a las disposiciones del Título V, donde se encuentra la previsión de indemnización del artículo 43 LPHE.

No obstante, ha pesado más la idea de que es la orden de la Administración la que desencadena la consecuencia indemnizatoria, para concluir que la LPHE fija un principio de financiación pública de las intervenciones arqueológicas preventivas, cualquiera que sea el escenario en el que se desarrollen[848].

No existe, por lo demás, un tratamiento explícito de las intervenciones ordenadas a raíz de un hallazgo casual, si bien se ha considerado que su realización encontraba acomodo en el artículo 43 LPHE, con las consecuencias indemnizatorias ya conocidas[849].

3.3.1.2. La previsión de deberes de financiación privada de actividades arqueológicas en la legislación autonómica

---

[848] Así lo entiende J.BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *El derecho de propiedad: limites derivados de la protección arqueológica,* Ed. Montecorvo, 2003, pág. 62.

[849] V. J.BERMÚDEZ SÁNCHEZ, ""Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana", cit., págs. 95-129.

Las leyes autonómicas alteran profundamente el panorama trazado en la LPHE. En primer término, los mecanismos de control arqueológico previos a la autorización urbanística de obras y proyectos pasan de tener un reflejo puntual a generalizarse: no se limitan a las zonas arqueológicas o figuras equivalentes autonómicas, sino que se hacen extensivos a las figuras "intermedias" de protección del patrimonio inmobiliario así como a lugares en los que se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos[850]. Se trata, en líneas generales, de espacios que cuentan con una declaración formal que precisa su delimitación, ya sea por resolución de la administración autonómica competente en patrimonio cultural, como por su inclusión en el planeamiento territorial y urbanístico o en catálogos municipales. De este modo, quien pretende acometer una edificación u obra en estos espacios puede conocer anticipadamente los requisitos adicionales (autorización previa o informe vinculante de la administración cultural previo estudio de incidencia y, en su caso, proyecto arqueológico) a que se sujeta la licencia sustantiva del proyecto.

No obstante, algunas leyes autonómicas han ido más allá y extienden las cautelas arqueológicas a espacios cuyo interés cultural puede que no sea conocido por los sujetos afectados por los

[850] Estos espacios de presunción arqueológica los encontramos bajo diversas denominaciones: zona de servidumbre arqueológica (LPHA 1991 y 2007), zonas de prevención arqueológica (LPCAr), espacios de protección arqueológica (LPCAs), espacios de interés arqueológico o paleontológico (LPHB), áreas de protección arqueológica (LPCCant), espacios de protección arqueológica (LPCCat), áreas arqueológicas de cautela (LFPCNa), o zonas donde se presume la existencia de restos arqueológicos (LPCVas).

controles[851]. Piénsese en el caso de un yacimiento o en un área de sospecha arqueológica que sólo consten en la carta arqueológica autonómica o en los inventarios de yacimientos elaborados a partir de los datos ofrecidos por prospecciones autorizadas. Cartas e inventarios arqueológicos suelen ser documentos para la gestión interna de la información arqueológica, cuya publicidad y acceso por parte de la ciudadanía se encuentra, por lo general, severamente limitada. Extender los controles arqueológicos previos a cualquier área en la que consta o se presume la existencia de restos arqueológicos en los casos en que esta información tiene carácter reservado, cuestiona el principio de seguridad jurídica, en especial, si se tienen en cuenta las consecuencias patrimoniales que pueden derivarse de su implementación. Conviene recordar que los controles arqueológicos preventivos se ubican al momento de solicitar la licencia y que, aunque no se haya generado derecho a la ejecución de la obra o proyecto (pues pende su autorización de los resultados de los controles arqueológicos), ya han podido realizarse importantes desembolsos económicos por el sujeto afectado por el deber de financiación (adquisición de los terrenos, elaboración del proyecto para la solicitud, etc).

Junto a la expansión de los mecanismos preventivos, la principal novedad de la leyes autonómicas reside en que todas ellas,

---

[851] Un ejemplo de lo que comentamos lo ofrece la LPCVal, que permite exigir al promotor la aportación de un estudio y, en su caso, la ejecución de una intervención arqueológica en espacios no declarados donde se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos (art. 62). En el mismo sentido, la LPCCant (art. 84.4).

con la excepción de la ley canaria[852], expresan que corresponde al promotor de las obras (algunas leyes mencionan también al "propietario") la asunción de los costes que origine, en primer término, la realización de un estudio que valore la incidencia del proyecto sobre el espacio en el que rige la cautela y, en su caso, del proyecto arqueológico que se prescriba, ya sea para completar los datos aportados por el estudio previo antes de la autorización o porque la concesión de ésta se condiciona a la ejecución de una intervención arqueológica más amplia, si lo exige la relevancia de los restos, para proceder a su extracción o a su conservación *in situ*.

Con ello el legislador autonómico ha querido eludir las consecuencias indemnizatorias que el artículo 43 LPHE anuda a la decisión de la administración por la que ordena la ejecución de actuaciones arqueológicas: no se daría aquí una ocupación temporal consecuencia de una decisión administrativa enteramente discrecional cuyas consecuencias lesivas no tiene obligación jurídica de soportar el particular, sino que es el legislador quien hace recaer sobre aquel la responsabilidad de su ejecución y, por tanto, la asunción de los costes.

Las leyes autonómicas incluyen, no obstante, preceptos de un tenor análogo al artículo 43 LPHE: ¿Cuál sería su ámbito de aplicación una vez generalizada la previsión de deberes privados de financiación de la arqueología preventiva? Podría pensarse que su razón de ser es atribuir a la administración la financiación de las

[852] La LPHCan es la única que contempla que la financiación de las excavaciones preventivas ordenadas por la administración ha de ser costeada por ésta (art. 65.3).

intervenciones arqueológicas cuando, pese a la extensión de los mecanismos preventivos, sobreviene un hallazgo casual durante la realización de una obra ya autorizada[853]. Sin embargo, algunas leyes han dispuesto expresamente que el particular también asuma la financiación de las actuaciones de urgencia o de salvamento[854], además de que la regulación de la autorización de este tipo de intervenciones es, de suyo, indicativa de que no es la administración quien las ejecuta. Por tanto, la indemnización por ocupación temporal para la realización de intervenciones arqueológicas ordenadas por la administración quedaría restringida a aquellos supuestos en los que no existe conexión con ningún tipo de obra o proyecto que exija la evaluación arqueológica de los espacios, sea con carácter preventivo o sobrevenida a raíz de un hallazgo. En resumen, el principio sentado en el artículo 43 LPHE tendría una aplicación anecdótica tras el advenimiento de la legislación autonómica, lo que supone una radical inversión del esquema de financiación de la arqueología trazado por el legislador estatal.

Esta afirmación no implica que la financiación pública de estas operaciones quede proscrita. La mayoría de las leyes contempla la

---

[853] Es decir, la Administración debe indemnizar los daños generados por la ocupación temporal requerida para efectuar las intervenciones arqueológicas que se precisen para evaluar la entidad de restos descubiertos fortuitamente, lo que implica su financiación. Como ha subrayado BERMÚDEZ SÁNCHEZ, el hecho de que las leyes autonómicas excluyan la indemnización durante un plazo que suele oscilar entre los quince días y el mes, durante el cual quedan suspendidas las obras para proceder a la evaluación de los restos aparecidos, debe referirse exclusivamente a los daños que se generen por la paralización de los trabajos, que el particular tendría el deber de soportar, pero no a los que se irroguen por la ocupación temporal y la ejecución de las actividades arqueológicas, v. "Mecanismos de financiación…", cit..

[854] Es el caso de la LPCVal (art. 63) o la LPCMu (arts.59. 3 y 4).

colaboración pública en la financiación, pero su verificación depende, en gran medida, de una decisión discrecional. En primer término, ésta afecta a la propia iniciativa de colaboración: con carácter general, la administración es enteramente libre para decidir si financia o no una intervención arqueológica preventiva. Escapan a esta regla algunas comunidades autónomas que establecen de forma imperativa la financiación pública cuando el coste de la intervención supere un determinado umbral de gasto o extensión[855], o determinan la obligación de financiar un porcentaje fijo del presupuesto de la intervención[856]. En segundo lugar, la discrecionalidad afecta al alcance de la colaboración pública que, salvo en los contados casos en que se fija un tope a la financiación privada, queda a la libre apreciación de la administración.

El repaso de la legislación autonómica revela que el principio de igualdad queda seriamente comprometido, no ya sólo por la diversidad de previsiones atinentes a la colaboración pública en la financiación de estas operaciones, sino por la amplísima discrecionalidad con que se configura esta posibilidad en la mayoría de las regulaciones, que no ofrecen directrices o criterios que encaucen la decisión de la administración a la hora de decidir qué

---

[855] Así, la LPCCant prescribe que la administración debe colaborar en la financiación cuando el coste de la actividad arqueológica supere el 2% del presupuesto del proyecto, pero no expresa qué alcance puede tener esa colaboración (arts. 83.2 y 84.6). Por su parte, la LPHA 2007 ha previsto que la actividad arqueológica preventiva que ha de financiar el promotor se extienda hasta el límite del aprovechamiento urbanístico atribuido sobre el subsuelo, asumiendo la administración los costes adicionales que se generen si ordena una intervención más amplia (art. 59.2 y 3).

[856] La LPCVas exige que las Diputaciones Forales asuman el 50% del coste de ejecución de la actuación arqueológica cuando se hubiere ordenado la realización de un proyecto (arts. 45.5 y 48.2).

proyectos financia y cuáles no y, en su caso, con qué alcance. Además, la práctica ausencia de límites cuantitativos al deber de financiación privada incrementa la inseguridad jurídica a la que pueden verse expuestos los sujetos obligados a financiar, ya que se desconoce a priori la entidad del desembolso económico que deberán afrontar.

3.3.2. La justificación del deber de financiación privada de la arqueología preventiva: análisis crítico de los principales argumentos empleados

Al estudiar los deberes impuestos a los particulares para la financiación de las actividades arqueológicas de tipo preventivo o de urgencia sorprende que apenas haya sido objeto de discusión el fundamento jurídico para la exigencia de estos deberes. Al respecto se invocan usualmente dos argumentos, de forma conjunta o por separado, dando por sentada su adecuación para justificar la financiación privada de actividades arqueológicas o su compatibilidad. Se trata, de una parte, de la idea de función social de la propiedad y, de otra, de la aplicación del clásico principio del Derecho ambiental, quien contamina paga. Se analiza, a continuación, hasta qué punto los argumentos comúnmente esgrimidos permiten fundar los deberes impuestos, a la luz de las características de su regulación.

3.3.2.1. La protección arqueológica como contenido de la función social de los inmuebles que albergan restos arqueológicos

La función social de la propiedad inmobiliaria, en particular, de los inmuebles en los que se enclavan restos del Patrimonio Arqueológico que pueden resultar amenazados como consecuencia de una obra proyectada o ya en curso ha sido aducida como fundamento para explicar el traslado a promotores o propietarios del coste derivado de la evaluación de los bienes afectados y, en su caso, de las operaciones necesarias para garantizar su conservación. De acuerdo con este planteamiento, las Comunidades Autónomas al regular estas operaciones estarían delimitando el derecho de propiedad inmobiliaria de acuerdo con la función social a la que resultan abocados estos bienes[857].

Se debe, no obstante, tener presente que los bienes cuyos costes de investigación y protección se hacen recaer sobre el particular son bienes de dominio público en virtud del artículo 44.1 LPHE, de modo que los deberes de financiación de actividades arqueológicas no son en modo alguno asimilables al deber de conservación que pesa sobre los titulares de bienes integrantes del patrimonio cultural, de acuerdo con el artículo 36 LPHE y cuya

---

[857] Este es el planteamiento seguido por J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, el autor que entre nosotros se ha ocupado más extensamente de estas cuestiones. Así lo explicita en "Mecanismos de protección…", cit., pág. 122 y, en especial, en su monografía *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica,* Ed. Montecorvo, 2003, a la que remito *in toto.* El autor rubrica el capítulo dedicado al análisis jurídico de la Arqueología preventiva como "La protección de restos arqueológicos como función social" y entre los límites que estudia se ocupa de las obligaciones de financiación de intervenciones arqueológicas preventivas y urgentes. Abunda en este idea en las págs. 121-122, 125-127. No obstante, BERMÚDEZ concluye juzgando desproporcionadas a la función social gran parte de las determinaciones autonómicas, ya que no establecen límites al alcance de la financiación privada, por lo que serían inconstitucionales e indemnizables, por el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Para el autor sería un límite proporcionado el 1% del presupuesto de las obras, tomando como referencia el 1% del presupuesto de las obras públicas que debe destinarse a la protección del Patrimonio Histórico (págs. 128-130).

justificación se sitúa, también, en la función social[858]. Es decir, los deberes que se justifican con base en la función social recaen sobre unos bienes *que no son de titularidad del sujeto obligado*.

Por el contrario, se alinearía con los supuestos en que la definición del contenido normal del derecho de propiedad se traduce en la imposición de servidumbres forzosas y limitaciones derivadas de la proximidad o colindancia de un bien privado con un bien de dominio público. La doctrina admite con naturalidad que la función social de un bien venga determinada por las necesidades de protección del dominio público colindante, siempre que no se impida con carácter absoluto el aprovechamiento por el titular, supuesto que implicaría una privación del contenido esencial[859]. En este sentido, los límites impuestos a la propiedad para la protección del dominio público arqueológico se asimilarían a los que, por ejemplo, padecen los titulares de fincas colindantes por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre. Sin embargo, una comparación de las servidumbres y limitaciones en materia de costas con los deberes de financiación privada de la Arqueología revela que se trata de obligaciones sustancialmente distintas[860]. Así, en el primer caso se traducen en un deber de soportar o en un no hacer. Aún en tales

---

[858] Sobre el deber de conservación como contenido que impone la función social de la propiedad cultural, v. C. BARRERO RODRÍGUEZ, "La propiedad cultural en España", en VV. AA. (coord. J. BARNÉS), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado,* Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1995, págs. 370-373.

[859] V. J. BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario,* Ed. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1988, págs. 450-455.

[860] V. B. NOGUERA DE LA MUELA, "La propiedad privada y las servidumbres en la Ley de Costas", *Derecho privado y constitución,* núm. 3, 1994, págs. 235-266.

supuestos, la Ley de Costas contempla, por ejemplo, la indemnización de los daños que ocasione la ocupación por el depósito temporal de objetos o materiales arrojados por el mar o por la realización de operaciones de salvamento marítimo en la zona de servidumbre de protección (art. 24.2 Ley 22/1988, de 28 de julio)[861]. Esta disposición responde al mismo principio que inspira el artículo 43 LPHE, cuando prescribe que se indemnice al propietario por la ejecución de actividades arqueológicas ordenadas por la Administración, precepto que, como se ha señalado, se pretende eludir en la legislación autonómica por la vía de que el particular resulte, no ya obligado a soportar las intervenciones arqueológicas, sino a acometerlas y financiarlas. Una conclusión análoga arroja las limitaciones a las propiedades colindantes que contempla la legislación de carreteras[862].

La función social de protección del Patrimonio Arqueológico sí permite fundamentar la reducción de las posibilidades de aprovechamiento de un bien. Así, la especial consideración del Patrimonio Arqueológico presente en un espacio, ahora garantizada mediante el sometimiento de los planes a evaluación estratégica, determina que el contenido de la propiedad resulte minorado por la declaración de un suelo como no urbanizable de especial protección

---

[861] La indemnizabilidad se justifica en la pérdida de la exclusividad en la facultad de uso que constituiría, a juicio de J. A. CARRILLO DONAIRE, el elemento característico de la servidumbre en sentido estricto, más allá de que también se haya empleado este *nomen iuris* para designar lo meros límites al contenido normal del derecho de propiedad con arreglo a su función social, v. del autor *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 105-112.

[862] V. J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, "El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas", en *RDU*, núm. 63, mayo-junio, 1979, págs. 35-107.

o por la exclusión de determinados usos. Pero no alcanza a justificar la asunción de los costes de las actividades preventivas o de urgencia por los propietarios. Si a ello se añade que, en la mayoría de los casos, no son los propietarios los sujetos gravados con el deber de financiar sino los promotores de las obras o proyectos que afectan al patrimonio arqueológico, difícilmente puede ofrecer la función social de la propiedad base para la fundamentación de este régimen.

3.3.2.2. El traslado del principio ambiental "quien contamina paga" a la protección del patrimonio arqueológico

Se invoca también como justificación de los deberes de financiación privada de la arqueología preventiva y de urgencia el principio "quien contamina paga" (en adelante, QCP). La conexión con este principio ambiental vendría propiciada por la frecuente asunción de un concepto amplio de medio ambiente, con inclusión del patrimonio cultural, en la legislación ambiental (por ejemplo, en la normativa de evaluación de impacto). Se aduce que quien pretende lucrarse con la ejecución de un proyecto que comporta un riesgo de alteración o destrucción del patrimonio arqueológico debe correr con los gastos que se deriven de las operaciones necesarias para evitar la causación del daño o adoptar las medidas correctoras para su reparación. Desde esta perspectiva, el principio QCP parece más apto para la fundamentación de los deberes privados de financiación de actividades arqueológicas.

No obstante, conviene poner de manifiesto algunas diferencias sustantivas entre la funcionalidad de este principio en el ámbito estrictamente ambiental, teniendo presentes las razones que llevaron a su asunción, y su alcance en relación con la protección del

patrimonio arqueológico. El principio QCP responde a la necesidad de fijar una regla de imputación de costes en relación no sólo con daños derivados de actividades que, de antemano, se saben lesivas de bienes públicos o privados sino, especialmente, con los daños que eventualmente generen actividades de riesgo respecto de las que, anticipadamente, se desconoce su potencial lesivo. Desde esta perspectiva, el principio QCP en el ámbito arqueológico tiene un alcance más limitado ya que las actividades gravadas con los costes no son actividades de riesgo sino que, conocida la riqueza arqueológica del espacio en el que pretenden desarrollarse, puede determinarse con certeza si su ejecución implica daños para el patrimonio arqueológico. En ese caso, la imputación de los costes de prevención podría efectuarse, simplemente, atendiendo a esquemas jurídicos comunes de responsabilidad.

Las características específicas del Patrimonio Arqueológico y de las actividades que deben financiarse condicionan que otras finalidades accesorias a las reglas de imputación de costes al titular de la actividad lesiva no se den en nuestro caso. Así, tanto la responsabilidad ambiental como el principio QCP pretenden, subsidiariamente, una mejora de las tecnologías para reducir el impacto ambiental de las actividades económicas. Este efecto no es apreciable en el ámbito arqueológico en el que la evitación de los daños sólo puede venir de la mano de una cancelación o modificación de los proyectos, pero no se traduce propiamente en mejoras técnicas en las actividades edificatorias o constructivas.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la actividad arqueológica cuya financiación se impone a los promotores va mucho más allá de la mera evitación de un daño. Cualquier actividad arqueológica comporta, aunque tenga una finalidad preventiva o de

urgencia, una investigación que redunda en un incremento de la información histórico-cultural, se desvelan bienes cuya existencia era desconocida y, si su relevancia lo aconseja, se procede a su conservación *in situ* con intervenciones orientadas a su puesta en valor. Es decir, la ejecución de actividades arqueológicas vinculadas a un proyecto constructivo se salda con una mejora respecto a la situación precedente, ya sea por un mayor conocimiento del pasado o por la recuperación de bienes que cumplen una función cultural en beneficio de toda la comunidad. Es decir, de acuerdo con los planteamientos económicos que están en la base del principio QCP, la actuación del promotor, modulada por las cautelas arqueológicas, produce una externalidad de signo positivo[863] que justifica la asistencia financiera de los poderes públicos.

3.3.3. El necesario replanteamiento del régimen jurídico de la financiación privada de las actividades arqueológicas

Los argumentos expresados en el epígrafe anterior justifican la necesidad de una formulación más aquilatada de los deberes de financiación de la arqueología preventiva en la que se contemple de manera reglada y sobre la base de criterios objetivos la participación administrativa. En este sentido, la regulación actual resulta profundamente insatisfactoria dado que la disparidad de tratamientos normativos y la amplia discrecionalidad con que la administración decide si contribuye o no a la financiación impiden, a su vez, la realización de otra de las virtualidades económicas que se

[863] Sobre la noción de externalidades y su relación con la formulación del principio QCP, v. J. TOLEDO JÁUDENES: "El principio "Quien contamina, paga" y el canon de vertidos", *RAP*, núm. 112, 1987, pp. 289-336

predican del principio QCP: someter a todos los operadores económicos a una regla común para evitar distorsiones de la competencia[864].

Asimismo, sería conveniente distinguir el régimen de financiación de las actividades arqueológicas preventivas de las actividades de salvamento o de urgencia por hallazgos casuales durante la ejecución de obras. Aunque tanto en la arqueología preventiva como en la de salvamento el desencadenante es una actividad constructiva con alcance lesivo para el patrimonio arqueológico, las circunstancias en que se desarrolla la segunda justifican que la administración corra enteramente con la financiación. La expansión de los mecanismos preventivos y cautelas arqueológicas tienen como objetivo hacer del hallazgo casual un supuesto marginal: el descubrimiento fortuito constituye, desde esta óptica, un supuesto no deseado, en cierto modo, se trata de una anormalidad o fallo en la gestión del patrimonio arqueológico. Razones, además, de seguridad jurídica aconsejan no hacer recaer el coste de las intervenciones de urgencia sobre quien, en principio, no estaba afectado por mecanismos preventivos de acuerdo con la zonificación de las cautelas arqueológicas determinada por la administración o ya cumplió con ellas y fue autorizado para ejecutar su proyecto.

---

[864] No en vano, el principio QCP se formula originariamente en el seno de la OCDE -en primer término, en la Recomendación del Consejo de 26 de mayo de 1972 *Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies* (C(72)128) y, posteriormente, en la Recomendación del Consejo de 14 de noviembre de 1974 *The Implementation of the Polluter-Pays Principle* (C(74)223)- siendo uno de sus objetivos confesados evitar las distorsiones del comercio internacional o ventajas competitivas injustas para las industrias de un país en relación con otros, razón por la que requiere que sea aplicado uniformemente, v. al respecto A. KISS y D. SHELTON, *Manual of European Environmental Law*. 2.ª edición. Cambridge University Press, 1997, 622 págs.

CONCLUSIONES

Conclusiones del capítulo primero

1. El fundamento de la acción de los poderes públicos sobre el Patrimonio Arqueológico se encuentra en las determinaciones constitucionales que, en sede de los principios rectores de la política social y económica, definen implícitamente el Estado de Cultura, como noción que subraya la responsabilidad del Estado en la consecución de metas cualitativas de bienestar frente a un entendimiento de la acción del Estado social en términos de progreso exclusivamente cuantitativo o económico.

1.1. En este sentido, la realización del derecho de acceso a la cultura consagrado en el artículo 44.1 CE pasa, entre otras vías, por el deber de los poderes públicos de conservación y promoción del enriquecimiento del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural del artículo 46 CE, en el que se inserta el Patrimonio Arqueológico.

1.2. En el caso del Patrimonio Arqueológico, la tutela conecta también con la promoción de la investigación científica en beneficio del interés general, establecido en el artículo 44.2 CE, por constituir aquel el sustrato necesario para el despliegue de actividades científicas arqueológicas.

2. El Patrimonio Arqueológico participa de los problemas de articulación normativa entre la legislación estatal y autonómica de Patrimonio Cultural que derivan del singular criterio de distribución de competencias consagrado en la Constitución Española.

2.1. El constituyente descartó con carácter general un criterio fundado en la intensidad o alcance del interés presente en los bienes, que sólo operaría inicialmente respecto a las Comunidades Autónomas constituidas por la vía del artículo 143 CE

2.2. También descartó definir la competencia estatal por referencia a la existencia de un Patrimonio Cultural común que determinara el ámbito de actuación del Estado.

2.3. La Constitución consagra un criterio atípico que reserva al Estado la actividad de defensa del Patrimonio, cualquiera que sea su interés, frente a la expoliación y la exportación y permite a las Comunidades Autónomas –a todas, superados los iniciales desniveles en el acceso a las competencias- la asunción de los restantes ámbitos que integran la tutela del Patrimonio Cultural, sin perjuicio de que tanto Estado como Comunidades Autónomas puedan concurrir en la promoción de la cultura.

2.4. Sin embargo, las funciones normativas y ejecutivas que corresponden al Estado para la defensa frente a la expoliación, que se identifican con la preservación del Patrimonio de la destrucción física o con la garantía de la función cultural que han de cumplir, constituyen por definición el contenido de cualquier competencia de tutela del Patrimonio Cultural, de modo que, aunque con diferente enunciación, el bloque de la constitucionalidad está reconociendo sustancialmente la misma competencia al Estado y a las Comunidades Autónomas en un ámbito –las políticas

defensivas del Patrimonio Cultural- poco propicio para la concurrencia competencial.

3. Para conciliar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en el plano de la protección del Patrimonio Cultural se ha realizado una particular lectura del artículo 149.1.28ª CE, que obvia los diversos términos en que los Estatutos de Autonomía definían la competencia autonómica sobre el Patrimonio Cultural. Ello ha tenido lugar, primero, con ocasión de los traspasos de competencias y, posteriormente, con la formulación de la LPHE, que han producido una sustancial igualación entre las Comunidades Autónomas.

3.1. De este modo, la competencia estatal de defensa frente a la expoliación se ha traducido, fundamentalmente, en la formulación de un régimen jurídico general para el Patrimonio Cultural, cuya ejecución recae ordinariamente en las Comunidades Autónomas, aproximando en sus resultados la distribución competencial en esta materia al esquema de reparto legislación-ejecución. La LPHE reserva al Estado, no obstante, determinadas decisiones en el plano ejecutivo de las que depende, en última instancia, la sujeción de los bienes del Patrimonio Cultural al régimen de protección más intenso previsto por el legislador.

3.2. Como cierre del sistema, la competencia estatal de defensa frente a la expoliación se traduce en un mecanismo de actuación subsidiaria del Estado frente a la inactividad autonómica, que convierte a aquel en garante último de la integridad y funcionalidad del Patrimonio Cultural.

4. Sobre este diseño original, sin embargo, incide notablemente la STC 17/1991 que, aunque avala la labor legislativa del Estado a través de la LPHE, priva a éste de sus funciones ejecutivas para la declaración de bienes de interés cultural.

4.1. Con esta alteración, el Estado a su vez, pierde el control sobre el principal instrumento sobre el que se asienta la aplicación del régimen de defensa contra la exportación.

5. La prolífica actividad legislativa que han desenvuelto posteriormente las Comunidades Autónomas, cuyas normas no siempre han articulado sus figuras de protección con las categorías de la LPHE, ha dificultado aún más el desempeño por el Estado de algunas funciones ejecutivas que el Tribunal Constitucional no cuestionó.

6. Es necesaria, en consecuencia, una nueva ley estatal que, de una parte, exprese sobre bases competenciales precisas las determinaciones normativas que resultan indisponibles para el legislador autonómico –con base, en su caso, en otros títulos competenciales diversos a los específicos en materia de Patrimonio Cultural- y, de otra, asegure un ejercicio autónomo de las competencias ejecutivas del Estado sobre el Patrimonio Cultural, en especial, en materia de exportación, que no dependa de las declaraciones de interés cultural que realicen las Comunidades Autónomas con base en la LPHE o las figuras previstas en la legislación autonómica.

7. La protección del Patrimonio Arqueológico trasciende el interés propio de los Estados para ser objeto de regulación por la comunidad internacional.

7.1. Con carácter general, como parte del Patrimonio Cultural, constituye una manifestación de una cierta visión universalista de la cultura, por la que los Estados asumen obligaciones como fiduciarios de un legado en beneficio de la humanidad presente y futura.

7.2. Pero también expresa el interés de la comunidad internacional en la permanencia de los bienes en los territorios a los que se encuentran vinculados culturalmente, lo que conduce al establecimiento de mecanismos de cooperación para combatir el comercio ilícito, una de las causas seculares del expolio arqueológico.

8. Además del tratamiento que dispensan los instrumentos generales de Derecho Internacional para la protección del Patrimonio Cultural, el Patrimonio Arqueológico se hace acreedor de un tratamiento específico que concreta los deberes de los Estados para su protección, contribuyendo decisivamente a la configuración funcional de estos bienes.

8.1. En este sentido, la vinculación del Patrimonio Arqueológico a la investigación lo convierte en un ámbito que atrae la regulación internacional para favorecer el acceso universal de la comunidad científica a los bienes y la plena difusión del conocimiento generado para el progreso de la ciencia arqueológica.

8.2. A su vez, la ubicación de una parte del Patrimonio Arqueológico subacuático en espacios no sujetos a la soberanía de los Estados demanda una regulación de Derecho Internacional para su gestión.

8.3. Junto a los instrumentos convencionales, el *soft law* emanado de organizaciones internacionales especializadas o los documentos elaborados por organizaciones no gubernamentales con un estatus cualificado ante aquéllas posee una gran trascendencia en la formulación de un *corpus* de principios generales que cristalizan en regulaciones jurídicas de la gestión del Patrimonio Arqueológico.

Conclusiones del capítulo segundo

9. La configuración normativa del Patrimonio Arqueológico, en el Derecho histórico y en el régimen vigente, es deudora de la evolución experimentada por la disciplina arqueológica.

9.1. Ésta transita desde una consideración de su objeto de estudio centrada en el análisis de elementos aislados y singulares por razón de su antigüedad o de la posesión de valores estéticos, a una perspectiva holística del Patrimonio Arqueológico, superadora de la tradición anticuarista, que atiende a las relaciones de los restos de origen humano con el entorno y aplica en su investigación métodos y técnicas con un fuerte componente interdisciplinar.

10. Los antecedentes normativos en la regulación del Patrimonio Arqueológico ponen de manifiesto una progresiva superación de limitados planteamientos esteticistas e historicistas en favor de una consideración más amplia e integral que atiende a la cualidad de los bienes arqueológicos como testimonio material del pasado de la humanidad y las distintas civilizaciones.

10.1. En este sentido, la regulación histórica del Patrimonio Arqueológico se anticipa a la función que cumple la formulación del interés cultural como elemento de síntesis que caracteriza a los bienes de cuya tutela se responsabiliza a los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 46 CE.

10.2. Igualmente manifiesta que la regulación de los hallazgos de estos bienes y la ordenación de las actividades de búsqueda e investigación se erigen tempranamente en ejes de la tutela jurídica del Patrimonio Arqueológico.

11. La definición de Patrimonio Arqueológico que efectúa la LPHE, en la que se identifica el interés arqueológico con la aplicación de la metodología arqueológica para el estudio de unos bienes presenta las siguientes implicaciones.

11.1. En primera instancia, supone la superación de un criterio vinculado a la posesión de una determinada antigüedad por los bienes objeto de tutela y expresa la opción legislativa por un concepto holístico del Patrimonio Arqueológico que integra bienes de origen antrópico y sus contextos naturales en la medida en que se encuentren vinculados a la investigación cultural, con independencia de la naturaleza jurídica que posean y del entorno territorial en que se ubiquen.

11.2. En segunda instancia, a través de la definición de Patrimonio Arqueológico que efectúa la LPHE el Estado determina la funcionalidad específica que debe orientar su ordenación y que justifica su consideración como un patrimonio especial en el contexto de la regulación del

Patrimonio Cultural. La configuración normativa del Patrimonio Arqueológico posee un carácter funcional fuertemente vinculado a la garantía y ordenación de las actividades de investigación que inciden en este recurso.

11.2.1. En este sentido, la tutela del Patrimonio Arqueológico ha de garantizar la significación histórico-cultural de estos bienes como sustrato material para el desarrollo de actividades de investigación arqueológica.

11.2.2. La aplicación de la metodología arqueológica, además, no sólo constituye el elemento que describe el interés arqueológico sino un presupuesto para la realización del valor cultural de estos bienes, ya que su utilidad para la satisfacción de necesidades culturales colectivas pasa necesariamente por la intermediación de un trabajo científico que desentrañe, interprete y divulgue la información cultural que los restos atesoran.

12. La especialidad del Patrimonio Arqueológico se manifiesta también en el hecho de que la tutela de estos bienes no requiera de los procedimientos que ordinariamente se arbitran para declarar el interés cultural o proceder a su inventario, sino que la especificación de los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico se produce, precisamente, a través del régimen de intervención administrativa de las actividades arqueológicas, de modo que el sujeto autorizado, a través de los deberes que la autorización implica, se convierte en un cooperador cualificado de la Administración cultural en la gestión de estos recursos, cuando no, directamente en un agente que actúa por cuenta de aquélla.

Conclusiones del capítulo tercero

13. La regulación de los hallazgos constituye uno de los elementos que tradicionalmente han integrado el régimen de tutela arqueológica.

14. Tempranamente se aprecia la necesidad de formular una regulación alternativa al Derecho común, cuyas soluciones, diseñadas para resolver un conflicto entre particulares, pueden entrar en conflicto con los fines públicos de protección. De este modo, una regulación de Derecho Público orientada a incentivar la realización de búsquedas arqueológicas bajo autorización administrativa y la comunicación a la Administración de los hallazgos casuales desplazó desde 1911 la aplicación del régimen civil del tesoro, aunque, en la práctica el peso secular de esta institución interfirió notablemente en la interpretación y aplicación de las determinaciones del régimen administrativo, restándole eficacia.

15. La LPHE profundiza la administrativización del régimen de los hallazgos arqueológicos al consagrar el ingreso en el dominio público de los bienes poseedores de cualquier interés cultural, sean muebles o inmuebles, que se descubran tras la entrada en vigor de la ley.

15.1. Esta disposición, al implicar la extracción del tráfico jurídico de un género de bienes definido por características homogéneas, debe considerarse dictada al amparo del título del Estado en materia de legislación civil en

combinación con la competencia para la defensa del Patrimonio Cultural frente a la expoliación y la exportación.

15.2. La competencia exclusiva del Estado en la creación de este dominio público no ha de traducirse necesariamente en la titularidad estatal, como acredita la LPHE que, deliberadamente, silencia este aspecto así como, en general, el desarrollo normativo del régimen demanial.

15.3. La falta de competencia para incidir en la definición del ámbito objetivo de este dominio público no impide que las Comunidades Autónomas puedan dictar regulaciones para su gestión y defensa, como instancias a las que ordinariamente corresponde la protección del Patrimonio Arqueológico.

16. Desde la perspectiva de la garantía patrimonial de los particulares, la viabilidad constitucional de la demanialización pasa porque no resulten afectadas titularidades preexistentes. De ahí que la medida contemplada en la LPHE posea eficacia prospectiva y se refiera a los bienes que se descubran tras su entrada en vigor.

16.1. Este requisito se cumple en el caso de hallazgos de bienes muebles en la medida en que la demanialización sustituye al régimen civil del tesoro y de los hallazgos recientes así como a la regulación de la legislación de antigüedades precedente que permitía la apropiación privada por los descubridores autorizados. No obstante, es precisa una interpretación correctora de aquellas disposiciones autonómicas que, al regular las potestades para la

recuperación de estos bienes, distorsionan el alcance temporal de la demanialización.

16.2. Por lo que hace a los hallazgos de inmuebles, el artículo 350 del Código Civil no autoriza a sostener que los bienes se integren en la titularidad del fundo ya que el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria se define por las facultades que la legislación especial –sustancialmente, la urbanística- reconoce. Esta conclusión no se extiende a los restos que forman parte de la estructura arquitectónica de una edificación emergente, que deben considerarse en todo caso excluidos del dominio público.

17. Desde el punto de vista de su eficacia territorial, la ordenación internacional de los espacios marinos y del Patrimonio Cultural subacuático no autorizan la extensión del régimen de dominio público a los hallazgos que se produzcan más allá del mar territorial y de la zona contigua, sin perjuicio de que, la prohibición de explotación comercial del Patrimonio Cultural Subacuático que efectúa la Convención UNESCO de 2001 conduzca a un resultado práctico similar al producido con la demanialización.

18. La demanialización de los hallazgos culturales en la LPHE no tiene otro fin que desincentivar las búsquedas clandestinas de restos arqueológicos impidiendo su apropiación o la consolidación de titularidades privadas. La extracción del tráfico jurídico de los bienes descubiertos se erige en causa de la decisión de demanializar en la LPHE.

18.1. Las leyes autonómicas han hecho una lectura de esta disposición desde una lógica de "apropiación" del

dominio público por las administraciones autonómicas, declarando la titularidad y el ingreso en sus respectivos patrimonios ante el silencio de la ley estatal al respecto.

19. No hay, sin embargo una regulación de estos bienes desde una perspectiva demanial, con la salvedad de la previsión por algunas leyes autonómicas de facultades de recuperación de objetos arqueológicos. El régimen aplicable es, sustancialmente, el de las actividades que inciden sobre el Patrimonio Arqueológico.

19.1. Por esta razón, la concepción "patrimonialista" del dominio público de los hallazgos culturales, convertido en una suerte de propiedad especial, como la que refleja la legislación autonómica, con el acento puesto en la titularidad administrativa, no se adecúa a la verdadera utilidad que el dominio público ha de reportar a la protección del Patrimonio Arqueológico.

20. Frente a esta visión, heredera de la lógica propia del régimen civil de adquisición de la propiedad y que hace de los bienes arqueológicos descubiertos tras la LPHE una nueva suerte de nueva categoría de bienes mostrencos, cuya titularidad, paradójicamente, se congela en el patrimonio de la Administración autonómica, debe defenderse una noción funcional y dinámica del dominio público en virtud de la cual la extracomercialidad, que ha sido el principal efecto buscado por el legislador estatal para disuadir la realización de búsquedas clandestinas, se vincule a la garantía del proceso de investigación arqueológica tras al descubrimiento o localización de los restos.

21. Lo anterior entraña que el dominio público deba ponerse al servicio de las actividades que definen funcionalmente el Patrimonio Arqueológico y particularmente, de la investigación arqueológica de campo, de modo que, en la medida en que ésta no se haya verificado se impida toda apropiación privada que pueda comprometer su viabilidad científica. Cumplidos estos procesos, el régimen general de protección del Patrimonio Cultural garantiza suficientemente la funcionalidad de los bienes arqueológicos, con independencia del régimen patrimonial aplicable, por lo que mantener indefinidamente su condición de dominio público, además de innecesario, puede entenderse contrario a la necesaria limitación con que debe administrarse un régimen jurídico exorbitante.

21.1. La limitación temporal del efecto demanial permitiría, de este modo, que la asunción por parte del legislador de un concepto holístico de Patrimonio Arqueológico no derivara en una hiperinflación de bienes sujetos al régimen demanial.

21.2. Por otra parte, a la vista de la utilidad que reporta la extracomercialidad en la defensa del Patrimonio Arqueológico frente al expolio, la extensión del régimen demanial a los hallazgos inmobiliarios no resulta precisa por cuanto no es el tráfico de piezas arqueológicas la principal amenaza sino la que deriva de los desarrollos urbanísticos y la construcción de infraestructuras y obras públicas sobre el territorio donde se encuentren los restos.

Conclusiones del capítulo cuarto

22. De la noción funcional del Patrimonio Arqueológico, como sustrato material que posibilita la realización de actividades de investigación arqueológica, se deriva que la intervención administrativa para su ordenación y gestión se erija en uno de los elementos nucleares para la tutela de la integridad física y la significación histórico-cultural de los bienes arqueológicos.

23. La vigente ordenación de las actividades arqueológicas es el resultado de la actividad legislativa del Estado que, a través de la LPHE, en ejercicio de su competencia legislativa para la defensa del Patrimonio Arqueológico frente a la expoliación, establece un régimen esquemático de intervención, ampliamente desarrollado por las Comunidades Autónomas.

23.1. Debe entenderse que las determinaciones normativas de la LPHE relativas a la propia naturaleza del instrumento de intervención elegido, los requisitos subjetivos y objetivos de la actividad proyectada y los deberes del titular de la autorización, vinculan a las Comunidades Autónomas en la medida en que se ordenen a garantizar la integridad física del Patrimonio Arqueológico o, en su caso, su significación histórico-cultural frente a las actividades que puedan alterar o implicar un riesgo de pérdida de información cultural.

24. La autorización administrativa ha sido el instrumento de intervención empleado para garantizar el rigor científico de las actividades de investigación que inciden sobre el Patrimonio Arqueológico.

24.1. Sin embargo, el análisis del régimen jurídico histórico y el actualmente vigente revela que bajo un único

nomen iuris se han cobijado una serie de diversas finalidades y objetivos de política en la gestión del Patrimonio Arqueológico que trascienden la función básica señalada.

24.1.1. Así, bajo la Ley de Excavaciones y Antigüedades de 1911, primera norma en nuestro Derecho en sujetar a autorización administrativa las excavaciones para la búsqueda de antigüedades, la autorización era también el título habilitante para la apropiación de los hallazgos de objetos antiguos. De este modo se instrumentaba el régimen de adquisición de las antigüedades, a través de la autorización, para incentivar la iniciativa de los particulares en la financiación y ejecución de excavaciones en una época marcada por un aún escaso grado de institucionalización y profesionalidad en el ejercicio de la Arqueología y por la penuria de medios económicos y personales de la Administración cultural.

24.1.2. Bajo el vigente régimen jurídico, la autorización administrativa ha perdido la función de incentivo que se derivaba de la concesión de la propiedad de lo hallado, para reforzar el papel del sujeto autorizado como un cooperador cualificado de la Administración cultural, cuando no un agente de ésta, en la gestión del Patrimonio Arqueológico, que se aprecia en los extensos deberes de información, documentación, registro, inventario y de propuesta para la determinación del destino final de los bienes investigados.

24.1.2.1. Estos amplísimos deberes se compensan con la garantía de cierta exclusividad y preferencia en el acceso con fines de investigación a los bienes y espacios contemplados en la autorización, de manera que se asegure al sujeto autorizado la "apropiación" de los hallazgos científicos que reporte la actividad.

25. Bajo la LPHE, que sigue en este punto la recomendación de la UNESCO, se han sometido a autorización administrativa el conjunto de actividades que integran la investigación arqueológica de campo, mediante la fórmula de contemplar dos actividades genéricas, excavaciones y prospecciones arqueológicas, que se diferencian por la existencia o no de remoción de los terrenos.

25.1. A partir de estas coordenadas, las Comunidades Autónomas han diversificado enormemente las actividades de investigación arqueológica sujetas a autorización que, en gran medida, son reconducibles a la dicotomía básica expresada en la LPHE.

26. La conexión de las actividades arqueológicas con la libertad de investigación reconocida constitucionalmente exige, no obstante, un replanteamiento de las técnicas de intervención administrativa de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad y la propia naturaleza jurídica de los bienes sobre los que se proyecta la actividad.

27. En este sentido, los deberes que, por determinación constitucional, corresponden a los poderes públicos para la tutela del

Patrimonio Cultural, no justifican que la Administración, a través de la potestad autorizatoria, se erija en una suerte de tribunal evaluador del interés científico que condicione la viabilidad de cualquier actividad de investigación. Por el contrario, la incursión de la Administración en este tipo de evaluaciones sólo se justifica en el contexto de la ponderación que debe efectuar para valorar si la rentabilidad científica que puede derivarse de una intervención arqueológica compensa el riesgo de alteración de la integridad física de los bienes del Patrimonio Arqueológico, con el fin de evitar la pérdida de información histórico-cultural.

27.1. Desde esta perspectiva la sujeción de las actividades arqueológicas a un control previo que valore su interés científico debe limitarse a las actividades arqueológicas que empleen técnicas destructivas o impliquen el riesgo de afectación a los contextos arqueológicos.

27.2. Dada la incidencia que la actividad arqueológica presenta en estos casos y la decisión de someter a régimen demanial los hallazgos arqueológicos en garantía del desarrollo del proceso de investigación científica, eventualmente podría caracterizarse el titulo administrativo que habilita las intervenciones como una concesión demanial.

27.3. Fuera de estos supuestos, la técnica de la comunicación previa con potestad administrativa de veto permite fundar el ejercicio de la actividad arqueológica directamente en la libertad de investigación, al tiempo que habilita un control administrativo previo que impida su ejecución por sujetos sin una adecuada formación arqueológica o sobre los que pesa una prohibición.

28. La regulación de las autorizaciones que realiza la normativa autonómica ha desarrollado nuevos escenarios o contextos en los que se desenvuelven las actividades arqueológicas.

28.1. Así, junto a las tradicionales intervenciones impulsadas desde ámbitos académicos y científicos emergen las actividades arqueológicas preventivas, vinculadas a la previsión de figuras de protección espacial que complementan a la zona arqueológica prevista en la LPHE, y se regulan las actividades de urgencia, motivadas en la aparición de hallazgos fortuitos o causas imprevistas que amenacen la preservación de los bienes arqueológicos, aunque en todos los casos se trata de actuaciones que emplean métodos y técnicas arqueológicas para analizar e investigar bienes históricos.

28.2. Junto a las diversas vías de financiación o patrocinio que implican, la diversidad de escenarios afecta a la valoración que efectúa la Administración en el ejercicio de la potestad autorizatoria.

28..2.1. Así, los elementos de discrecionalidad pura, que implican una apreciación del interés público con ocasión de la protección del Patrimonio Arqueológico, han de estar necesariamente presentes en la evaluación de la conveniencia de actividades de investigación sistemática que apliquen de técnicas destructivas.

28.2.2. En cambio, este elemento no juega en la autorización de actividades arqueológicas preventivas o de urgencia, por haber sido ya valorados por el

legislador o por la propia Administración al ordenar la necesidad de acometer la intervención. En estos casos, la potestad autorizatoria se ciñe a la integración de los conceptos jurídicos indeterminados de carácter técnico relativos a la profesionalidad y solvencia científica de la actividad proyectada.

29. La previsión de diversos escenarios para la realización de actividades arqueológicas se encuentra estrechamente vinculada a las vías de financiación que nutren la investigación arqueológica. En tanto que las actividades arqueológicas sistemáticas se financian, fundamentalmente, con cargo a los presupuestos públicos en ejecución del mandato de promoción de la investigación científica del artículo 44.2 CE, en las actividades preventivas o de urgencia predomina la financiación privada por parte de sujetos gravados con los costes de las operaciones de evaluación preventiva.

29.1. La LPHE apenas contemplaba la posibilidad de realización de actividades preventivas o de urgencia y, en su caso, fijaba el principio de financiación pública de las mismas, al conceptuarlas como supuestos de ocupación de una propiedad privada que generaban un derecho de indemnización a favor de los propietarios.

29.2. La legislación autonómica invierte el modelo al configurar la ejecución de estas actividades no como el resultado de una decisión de la Administración que determina una ocupación sino como un deber que pesa sobre propietarios o promotores en espacios con algún grado de protección arqueológica que deriva directamente de la legalidad.

29.3. La regulación actual de estos deberes reconoce una amplia discrecionalidad a la Administración para colaborar en la financiación de estas actividades y, paralelamente, no existe un criterio común para fijar límites al alcance del deber de financiación privada, lo que puede conducir a severas vulneraciones del principio de igualdad entre los sujetos afectados por los deberes de financiación.

29.4. En cuanto al fundamento de este régimen, aunque el principio QCP permite justificar la imputación de costes arqueológicos a quienes promueven actividades constructivas y edificatorias, no se han tenido presentes las particularidades del patrimonio arqueológico y de las actividades arqueológicas para prever, sobre bases regladas y objetivas, la participación pública en la financiación de unas intervenciones que exceden la mera evitación o minoración de un daño y que se saldan en un mayor conocimiento y, en su caso, en la puesta en valor de bienes del patrimonio arqueológico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LICERAS, José María: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Cultural Histórico-Artístico: soluciones doctrinales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 55, 1999, págs. 133-184.
- AGUDO RUIZ, Alfonso: *Régimen jurídico del tesoro en Derecho romano,* Ed. Universidad de La Rioja y Dykinson, Madrid, 2005, 144 págs.
- AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen: "La función social de la propiedad del subsuelo urbano", *RVAP*, núm. 73 (I), 2005, págs. 11-51.
- AHUMADA CANABES, Marcela Alejandra: *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, 2006, Tesis Doctoral (consultada en http://hdl.handle.net/10016/3022), 554 págs.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil,* Parte III "Derecho de bienes", Volumen I "Parte general y derecho de propiedad", 8.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, 515 págs.
- ALCALÁ MARTÍNEZ, Luis: "Reflexiones acerca de la protección del patrimonio paleontológico en España", *Coloquios de Paleontología,* núm. 50, 1999, págs. 45- 51.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico,* Ed. Ministerio de Cultura, colección "Análisis y documentos", Madrid, 1994, tomo I y tomo II, 678 y 806 págs. respectivamente.

  ---: "El Patrimonio Arqueológico: aspectos de su régimen jurídico", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm.1, 1997, págs. 121-130.

  ---: "Patrimonio Histórico, cultura y Estado autonómico", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm. 5, 2001, págs. 157-165.

---: "El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico", *Justicia Administrativa,* núm. extraordinario 2006, págs. 315-336.

---: "Observaciones para una revisión de la Ley del Patrimonio Histórico Español", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 13, 2009, págs. 11-18.

- ALLAIN, Jean: "Maritime Wrecks: Where the Lex Ferenda of Underwater Cultural Heritage Collides with the Lex Data of the Law of the Sea Convention", *Virginia Journal of International Law, Summer 1998,* págs. 747-775.
- ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural,* Ed. Civitas, Madrid, 1992, 454 págs.
- ---: *Los espacios culturales en la ordenación urbanística,* Ed. Universidad de Oviedo y Marcial Pons, Madrid, 1994, 155 págs.
- ---: "Régimen de los bienes muebles", en la obra colectiva referenciada *infra Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés,* págs. 111-152.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: "Patrimonio sumergido: claves de su régimen jurídico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 12, 2008, págs. 25-50.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis: "La Dama de Baza", *Revista de Derecho Privado,* julio – agosto 1976, págs. 569 – 597.
- ---: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985,* Ed. Civitas, Madrid, 1989, 897 págs.
- ASTORQUI, Ángel y FERRERO, Jesús: "Arqueología profesional: una problemática pendiente", publicado en *El Diario montañes* el 4 de junio de 2010 (consultado en http://www.eldiariomontanes.es/v/20100604/opinion/articulos/arqueologia-profesional-problematica-pendiente-20100604.html).
- AVILÉS CARCELLER, Ricardo:"La investigación científica y su protección en nuestro ordenamiento a la vista de la Sentencia de la Audiencia Provincial de

Barcelona de 23 de enero de 2004", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 621, 2004, págs. 4-7

- AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: *La protección internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 661 págs.
- ---: "La reclamación española sobre los galeones hundidos frente a las costas de los Estados Unidos de América: el caso de La Galga y la Juno", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. LII-2000, núm. 1, págs. 247-253.
- BACIGALUPO, Mariano: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 338 págs.
- BALMASEDA MUNCHARAZ, Luis Javier: "La reclamación diplomática del tesoro de Guarrazar", *Boletín ANABAD,* Tomo 45, núm. 1, 1995, págs. 165-175.
- BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo: "The UNESCO Declaration concerning the intentional destruction of cultural heritage", en la obra colectiva referenciada *infra, Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* págs. 399-453.
- BARCELONA LLOP, Javier: "El dominio público arqueológico", *Revista de Administración Pública,* núm. 151, 2000, págs. 133-165.
- ---: "Patrimonios especiales: Patrimonio Paleontológico y Arqueológico. Patrimonio Etnográfico e Industrial", en la obra colectiva referenciada *infra, Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés,* págs. 153-194.
- ---: "Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002, 113-146 págs.
- BALLART HERNÁNDEZ, Josep: *El Patrimonio Histórico y Arqueológico: valor y uso,* Ed. Ariel, 1ª. ed., Barcelona, 1997, 272 pags.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier: *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del agrario*. Ed. Civitas, Madrid, 1988. 625 págs.

- ---: *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE,* Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004, 159 págs.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico,* Ed. Civitas, Madrid, 1990, 735 págs.
- ---: "La propiedad cultural en España", en la obra colectiva referenciada *infra, Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, págs. 370-373.

  ---: "El derecho andaluz del patrimonio histórico en el vigésimo aniversario del Estatuto de Autonomía", *RAAP,* núm. extraordinario 2 (2), *Veinte años de vigencia del Estatuto de Autonomía de Andalucía: Desarrollo de las competencias autonómicas*, 2003, págs. 337-358.

  ---: "Las contradicciones entre la ley estatal y las leyes autonómicas en materia de Patrimonio Histórico y Cultural: sus posibles soluciones en vía normativa", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm. 13, 2009, págs. 35-53.
- BARRIL VICENTE, Margarita: "El coleccionismo en el Museo Arqueológico Nacional", en la obra colectiva referenciada *infra, De Gabinete a Museo. Tres siglos de Historia. Museo Arqueológico Nacional,* págs. 171-184.
- BAYONA DE PEROGORDO, Juan José: *El Patrimonio del Estado,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1977, 362 págs.
- BEDERMAN, David J.: "The UNESCO Draft Convention on Underwater Cultural Heritage: A Critique and Counter-proposal", *Journal of Maritime Law and Commerce,* Abril, 1999, págs. 331-354.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita: "Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas, en la obra colectiva coordinada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo garcía de Enterría,* Tomo IV, "Del poder judicial. Organización del Estado", Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs.3671-3704.

- BELTRÁN MARTÍNEZ, Antonio: "Evolución histórica de la Arqueología española", *Análisis e investigaciones culturales,* núm. 24, 1985, págs. 11-23.
- BENINI, Stefano: "Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati", *Foro italiano,* 1993, parte seconda, págs. 632-640.
- BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix: *El patrimonio cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales),* Ed. Comares, Granada, 1995, 442 págs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: "La protección de la investigación", *Aranzadi Civil,* núm. 3, 2005, págs. 2162-2163.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: "Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana", *Revista de Administración Pública,* núm. 141, 1996, págs. 95-129.
- ---: *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica,* Ed. Montecorvo, Madrid, 2003, 180 págs.
- BLANC ALTEMIR, Antonio: *El Patrimonio Común de la Humanidad,* Ed. Bosch, Barcelona, 1992, 280 págs.
- CALLE MARÍN, Sonia: "Tanucci y su vinculación con el nacimiento de la arqueología", en la obra colectiva referenciada *infra, La cristalización del pasado: génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España,* págs. 63-69.
- CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa: "El procedimiento de evaluación de impacto ambiental", en la obra colectiva referenciada *infra*, *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental,* págs. 294-399.
- CARRASCO i NUALART, Raimon: "La distribució de competencies entre l'Estat i la generalitat de Catalunya en materia de cultura", *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, 1990, págs. 377-398.
- CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús: "El asunto del "Nuestra Señora de la Mercedes"(Odissey)", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 17, 2009, págs. 1-17 consultado en http://www.reei.org/reei17/doc/articulos/articulo_CARRERA_FJesus.pdf .

- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, 25 págs.

  ---: "La diferenciación jurídica entre títulos académicos y profesionales" en la obra colectiva referenciada *infra, La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales. Actas del II Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo*, págs. 243-250.

- CARUZ ARCOS, Eduardo: "La competencia sobre la protección de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado (Comentario a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008)", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 13, 2009, págs. 317-321.

- CIERCO SEIRA, César: "Procedimiento administrativo y ejercicio de la función consultiva", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 18, 2001, págs. 165-218.

  ---: "El ejercicio extemporáneo de la función consultiva", *Revista de Administración Pública,* núm. 158, 2002, págs. 77-118.

  ---: "La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 145, 2010, págs. 163-198.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: "Artículo 334", en la obra referenciada *infra*, *Comentario del Código Civil*.

- CRIADO BOADO, Felipe: "Del terreno al espacio: planteamientos y perspectivas para la Arqueología del Paisaje", en *CAPA: Cadernos de arqueloxía e patrimonio,* núm. 6, 1999, págs. 1-82.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro: "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* núm. 4, 1982, págs. 53-63.

- DAMONTE, Roberto: "Prime considerazioni sul Regolamento recante la disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico", *Rivista giuridica dell'edilizia,* fasc. 2, 2001, págs. 74-98.
- DARNACULLETA i GARDELLA, Mercé: *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen del demanio natural,* Ed. Cedecs, Barcelona, 2000, 260 págs.

  ---: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 496 págs.
- DESDENTADO DAROCA, Eva: *Los problemas de control de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 160 págs.
- ESTEVE PARDO, J.: *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur, 2002, 184 págs.
- DÍAZ-ANDREU, Margarita, "Nación e internacionalización. La arqueología española en las tres primeras décadas del siglo XX", en la obra colectiva referenciada *infra, La cristalización del pasado: génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España,* 1997*.
- DÍAZ-ANDREU, Margarita y MORA, Gloria: "Arqueología y política: el desarrollo de la arqueología española en su contexto histórico", *Trabajos de Prehistoria* 52, núm. 1, 1995, págs. 25-38.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Ed. Tecnos, Madrid, 17ª edición, 2009, 1175 págs.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.61, 2001, págs. 81-130.
- DÍEZ – PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* volumen III "Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión", 4.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1995, 934 págs.
- ENTRENA CUESTA, Rafael: "Artículo 46", en la obra colectiva referenciada *infra, Comentarios a la Constitución,* págs.*

- ERKOREKA GERBASIO, Josu Iñaki: "Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149-1-28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental", *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 41, 1995, págs. 97-142.
- ESCRICHE, Joaquín: Voz "Bienes mostrencos", *Diccionario de legislación y jurisprudencia,* Tomo II, Madrid, 1874, págs. 91-93.
- ESTEVE PARDO, José: "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura (Comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Public,* núm. 4, 1986, págs. 97-108.
- FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco: *El bloque de la constitucionalidad*, Ed. Civitas y Universidad de Sevilla, Madrid, 1991, 203 págs.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico,* Ed. Iustel, Madrid, 2005, 470 págs.
- FERNÁNDEZ MURGA, Félix: *Carlos III y el descubrimiento de Herculano, Pompeya y Estabia,* Ed. Universidad de Salamanca, 1989, 182 págs.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: "La legislación española sobre el patrimonio histórico artístico. Balance de la situación de cara a su reforma", *Revista de Derecho Urbanístico,* núm. 60, 1978, págs. 13-36.
- ---: "La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo", *RVAP,* núm. 41, 1995, págs. 587-606.
- ---: "Breves reflexiones sobre la autorización previa", en la obra colectiva referenciada *infra, La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy,* págs. 15-23.
- FOSSAS ESPADALER, Enric: *El principio dispositivo en el Estado autonómico,* Ed. Marcial Pons, 2007, 195 págs.
- FRANCO MATA, Ángela: "Comisiones científicas en España de 1868 a 1875", en la obra colectiva referenciada *infra, De Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional,* págs. 300-309.

- FRANCIONI, Francesco.: "Principi e criteri ispiratori per la protezione internazionale del patrimonio culturale", en la obra colectiva referenciada *infra, Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura,* págs. 11-19.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, José Antonio y GARCÍA MARÍN, José María: *El derecho histórico de los pueblos de España,* 7ª. edición, Ed. AGISA, Madrid, 1992, 732 págs.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: "Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 200, 2003, págs. 41-133.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: "La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado", *Revista de Administración Pública,* núm. 47, 1965, págs. 9-78.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 39, 1983, págs. 575-591.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo,* tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, 802 págs.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad y PENDÁS GARCÍA, Benigno: *El nuevo régimen jurídico del patrimonio histórico español,* Ed. Ministerio de Cultura, 1986, 231 págs.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: "La nueva legislación española sobre Patrimonio Arqueológico", *Revista de Derecho Público,* núm. 107, 1987, págs. 365- 399.
- ---: "Presupuestos jurídico – constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico", *Revista de Derecho Político,* núm. 27-28, 1988, págs. 181-212.

  ---: "La Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985: propuestas para una posible reforma", *RAAP*, núm. 54, 2004, págs. 11-53.

  ---: *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico,* Ed. Fundación Registral, 2008, 683 págs.

---: "¿Es necesaria una nueva Ley del Patrimonio Histórico Español?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 2, 2009, págs. 67-71.

---: "La reforma de la Ley de Patrimonio Histórico ante el decimoquinto aniversario de su aprobación", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm. 13, 2009, págs. 19-33.

---: "La expoliación del barrio valenciano del Cabañal: competencia del Estado y rebelión autonómica", *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 13, 2010, págs. 44-57.

- GARRIDO ROIZ, Juan Pedro: "Comentarios a una reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en materia de excavaciones arqueológicas", en obra colectiva referenciada *infra*, *Actas del XXII Congreso Nacional de Arqueología, Vigo 1993*, Volumen I, págs. 291-292.
- GASCÓN y MARÍN, José: *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público,* Madrid, 1906, 185 págs.
- GAYA NUÑO, Juan Antonio: *La arquitectura española a través de sus monumentos desaparecidos,* Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1961, 461 págs.
- GIANNINI, Massimo Severo: *I beni pubblici*, Ed. Mario Bulzoni, Roma , 1963, 183 págs.

---: "I beni culturali", *Rivista Trimmestrale di Diritto Pubblico,* 1976, págs. 5-38.

- GODÍN GÓMEZ, Aurora: "La Escuela Superior de Diplomática y la formación de los archiveros, bibliotecarios y arqueólogos en el siglo XIX", *Boletín de la ANABAD*, Tomo 45, Nº 3, 1995, pags. 33-50.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *La titularidad de los bienes de dominio público,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, 318 págs.

---: "Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas", *Revista de Administración Pública,* núm.158, 2002, págs. 51-76.

- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical", *Revista*

Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 1, 1925, págs. 11-40.

- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: *El subsuelo, el vuelo y los espacios libres y zonas verdes,* Ed. Comares, 2002, 236 págs.
- GONZÁLEZ – ÚBEDA RICO, Gloria: *Aspectos jurídicos de la protección del Patrimonio Histórico – Artístico y Cultural,* Ed. Ministerio de Cultura, colección "Cultura y Comunicación", Madrid, 1981, 209 págs.
- GRACIA ALONSO, Francisco y CORTADELLA FORTUNI, Jordi: "La institucionalización de la Arqueología en Cataluña: el *Servei d'Investigacions Arqueològiques* del *Institut d'Estudis Catalans*", en la obra colectiva referenciada *infra, Las instituciones en el origen y desarrollo de la Arqueología en España,* págs. 257-321.
- GRAN-AYMERICH, Ève: *El nacimiento de la arqueología moderna 1798-1945* (traducción del francés por I. SÁNCHEZ-ARROYO), Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2001, 716 págs.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio: *Derecho Administrativo. Aguas, Montes y Minas,* 2ª. edición, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 323-324.
- HÄBERLE, Peter: *Kulturverfassungsrecht im Bundestaat,* Ed. Braumueller, Viena, 1980, 84 págs.
- ---: *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht,* Darmstadt, 1982, 420 págs.

  ---: "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 54, 1998, págs. 11-39.
- IZQUIERDO LAGUNA, Alfonso: "La teoría de la propiedad potencial", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* Tomo 167, 1935, págs. 194-205.
- JOHNSON, Mathew (trad. BALLART HERNÁNDEZ, Josep): *Teoría arqueológica. Una introducción*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, 284 págs.

- KISS, Alexandre y SHELTON, Dinah. Manual of European Environmental Law. 2.ª edición. Cambridge University Press, 1997, 622 págs.
- LACLETA MUÑOZ, José Manuel: "Las fronteras de España en el mar", Documento de trabajo núm. 34/2004, de 14 de junio, en http://www.realinstitutoelcano.org/documentos/121.asp.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *La autorización administrativa,* Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 378 págs.
- LEVY-STRAUSS, Laurent: "Diversité, universalité el representativité", en la obra colectiva referenciada *infra, Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* págs.21-33.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La ley valenciana de Patrimonio Cultural. Ley 4/1998 del Patrimonio Histórico-Artístico,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 247 págs.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: "El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil", *ADC,* vol. 44, nº 4, 1991, págs. 1633-1660.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco: *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, Ed. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, 368 págs.

  ---: "El derecho a la protección del medio ambiente", *RCEC,* núm. 10, 1991, págs. 161-201.

  ---: "Autorización", en la obra colectiva referenciada *infra*, *Enciclopedia jurídica básica,* vol. I, págs. 711-715.

  ---: "Concepto de medio ambiente y reparto competencial", en la obra colectiva referenciada *infra, Derecho ambiental de Andalucía,* Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 31-58.

  ---: La transposición de la Directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista Española de la Función Consultiva,* núm. 14, 2010, págs. 111-149.

- LÓPEZ PULIDO, Joan Pere: "La ordenación del subsuelo urbano", *REALA*, núm. 278, 1998, pág. 59-100.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 15, 1999, págs. 193-219.
- M. LORENTE SARIÑENA, "Constitución, ley y administración: una propuesta de relectura de nuestra historia constitucional (1812-1931)", en la obra colectiva referenciada *infra*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, págs. 6403-6424.

  ---: *La voz del Estado: la publicación de las normas (1810-1889),* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, 231 págs.
- LUZÓN NOGUERA, José María: "La Real Academia de Arqueología y Geografía del Príncipe Alfonso", en la obra colectiva referenciada *infra, De Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional*, págs. 271-275.
- MAGÁN PERALES, José María: *La circulación ilícita de los bienes culturales,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, 526 págs.
- MAIER ALLENDE, Jorge: "II Centenario de la Real Cédula de 1803. La Real Academia de la Historia y el inicio de la legislación sobre el patrimonio arqueológico y monumental", *Boletín de la RAH,* Tomo CC, cuaderno III, 2003, págs. 437-473.
- MANSI, Antonio: "Un capitolo infinito: l'alienazione degli immobili di valenza culturale e la creazione di una nuova categoria di bene culturale: il monumento nazionale. Un primo commento al regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico (d.p.r. 7 settembre 2000 n. 283)", *Rivista giuridica dell'edilizia,* fasc. 1, 2001, págs. 45-56.
- MAÑUECO SANTURTUN, María del Carmen: "Colecciones Reales en el Museo Arqueológico Nacional", en la obra colectiva referenciada *infra, De*

Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional, págs. 189-216.

- MARCOS POUS, Alejandro: "Origen y desarrollo del Museo Arqueológico Nacional", en la obra colectiva referenciada *infra, De Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional,* págs. 21-99.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: "La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de bienes culturales", en la obra colectiva referenciada *infra, Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas,* págs. 158-165.
- MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel: "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", *Revista de Administración Pública,* núm. 54, 1967, págs. 197-294.
- MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea (Legislación española del patrimonio histórico y el mercado* interior*: La normativa comunitaria sobre exportación y trafico de bienes culturales)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, 192 págs.
- MARTÍN MATEO, Ramón: "Silencio administrativo y actividad autorizante", *Revista de Administración Pública,* núm. 48, 1965, págs. 205-239.

  ---: "La propiedad monumental", *Revista de Administración Pública,* núm. 49, 1966, págs. 49-100.
- MARTÍN RETORTILLO, Luis: "Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades", *Revista de Administración Pública,* núm. 130, 1993, págs. 23-96.
- MARTÍN RUIZ, José María: "Acerca de la relación entre teoría y práctica en la Arqueología "de urgencia", en la obra colectiva referenciada *infra, Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica,* págs. 155-163.
- MENCHÉN BENÍTEZ, Bartolomé: "Sentencia de la Dama de Baza", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 516, 1976, págs. 1187-1198.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: "Tesoro Artístico y Patrimonio Histórico", *Actualidad Administrativa,* núm. 22, 1986, págs. 1241-1243.

- MERRYMAN, John Henry: "Two ways of thinking about cultural property", *American Journal of International Law,* vol. 80, nº 4, 1986, págs. 831-853.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: "Comentario a los artículos 348 a 352", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales,* dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Tomo V, Volumen 1º, "Artículos 333 a 391 del Código Civil", 2.ª edición, Ed. EDERSA, Madrid, 1990, 527 págs.
- MORÁN, Miguel y CHECA, Fernando: *El coleccionismo en España,* Ed. Cátedra, Madrid, 1985, 306 págs.
- MOREU BALLONGA, José Luis: "Régimen jurídico de los hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico", *Revista de Administración Pública,* núm. 90, 1979, págs. 79-96.

  ---: *Ocupación, hallazgo y tesoro,* Ed. Bosch, Barcelona, 1980, 693 págs.

  ---: "Sobre la anunciada reforma de los hallazgos de interés histórico – artístico", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 37, 1983, págs. 261-270.

  ---: "Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español en la Ley de 25 de junio de 1985", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 6, 1985, págs. 923-952.

  ---: "Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico", *Revista de Administración Pública,* núm. 132, 1993, págs. 171-208.
- MOREU CARBONELL, Elisa: "Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público", *Revista de Administración Pública,* núm. 161, 2003, págs. 435-477.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: "El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas", *RDU*, núm. 63, mayo-junio, 1979, págs. 35-107.

  ---: "El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas", en la obra

colectiva referenciada *infra, Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio*, págs. 35-82.

---: "Los retractos legales a favor de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública,* núm. 165, 2004, págs. 53-85.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho público de las Comunidades Autónomas,* Ed. Civitas, Madrid, 1982, vol. I, 634 págs.
- NAVA RODRÍGUEZ, Teresa: "La Real Academia de la Historia como modelo de unión formal entre el Estado y la cultura (1735-1792)", *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea,* núm. 8, 1987, págs. 127-155.
- NAVARRO LEDESMA, Francisco.: "Necesidad de una Ley de Antigüedades", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos,* núm. I, 1897, págs. 446-448.
- NEGUERUELA MARTÍNEZ, Iván: "Las excavaciones arqueológicas en el siglo XVIII y el Museo Arqueológico Nacional", en la obra colectiva referenciada *infra, De Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional,* págs. 246-256.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén. "La propiedad privada y las servidumbres en la Ley de Costas", *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994, pp. 235-266.
- NIETO GARCÍA, Alejandro: "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", *Revista de Administración Pública,* núm. 56, 1968, págs. 9-92.

  ---: "El subsuelo urbanístico", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 66, 1990, págs. 187-200.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén: "El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones", en la obra colectiva referenciada *infra*, *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio,* págs. 201-220.
- NUÑEZ LOZANO, María del Carmen: *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, 230 págs.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: "Comentario a los artículos 610 a 617", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Tomo VIII, Volumen 1.º, "Artículos 609 a 617 del Código Civil", Ed. EDERSA, Madrid, 1987, págs. 22- 599.

---: "Comentario a los artículos 351 y 352 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil,* Volumen dedicado a los artículos 237 a 669, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 985-991.

- PAPANICOLOPULU, Irini: "La zona contigua archeologica e la sua delimitazione", en la obra colectiva referenciada *infra, La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterráneo,* págs. 43-70

- PAREJO ALFONSO, Luciano José: "Algunas reflexiones sobre cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo", *Ciudad y territorio,* núm. 109, 1996, págs. 387-402.

---: "La organización territorial del Estado: ¿proceso a continuar u obra a culminar", *Justicia administrativa,* núm. 31, 2006, págs. 5-28.

- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales,* 12.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008, 831 págs.

- PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás: "Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 586, 1988, págs. 735-760.

- PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, Alfredo: *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 160 págs.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Artículo 46", en la obra colectiva referenciada *infra, Comentarios a la Constitución Española de 1978,* págs. *

- PRIETO DE PEDRO, Jesús: "Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución", en la obra coordinada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Tomo II, "De los derechos y deberes

fundamentales", Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 1551-1572.

---: "Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico", *Documentación administrativa*, núm. 232-233, 1992-1993, págs. 35-56.

---: *Cultura, culturas y constitución,* Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 292 págs.

---: "Identidad europea y Tratado de Mastrique. Por un proyecto europeo más cultural", en la obra colectiva referenciada *infra Una nueva política social y económica para Europa*, págs. 475-493.

- PUREZA, José Manuel: *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, 399 págs.
- QUAGLIA, Ugo: "Sull'alienabilità del demanio storico-artistico: ovvero nuove prospettive per la conservazione e valorizzazione dei beni culturali appartenenti agli Enti pubblici territoriali", *Il foro amministrativo,* fasc. 12, 1988, págs. 3689-3698.
- QUEROL, María Ángeles, y MARTÍNEZ DÍAZ, Belén: *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España,* Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1996, 437 págs.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: "La evaluación de impacto ambiental" en la obra colectiva referenciada *infra Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, págs. 31-96.

---: "Legitimación procesal y defensa del ambiente: a propósito de la STS de 3 de diciembre de 2001", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental,* núm.4, 2003, págs. 139-142.

- RAMOS SEGARRA, José Luis: "El Cabanyal, cronología de un urbanicidio", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 12, 2008, págs. 69-104.
- REBOLLO PUIG, Manuel: "La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", en la obra colectiva referenciada *infra, El derecho administrativo en el umbral del siglo XX: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, págs. 1365*

---: "La actividad de limitación", en la obra colectiva referenciada *infra Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III, Volumen II, pág. 20*.

- RENFREW Colin y BAHN, Paul G.: *Arqueología. Teorías, métodos y práctica,* Ed. Akal, Madrid, 1998 (traducción de la edición inglesa de 1991), 571 págs.
- REPRESA FERNÁNDEZ, María Francisca: "Las primeras excavaciones borbónicas en Pompeya, Herculano y Stabia (1738-1775)", *Revista de Arqueología*, núm. 76, 1987, págs. 40-51.
- ROCA ROCA, Eduardo: *El Patrimonio Artístico y Cultural,* Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1976, 90 págs.
- RODRÍGUEZ PASCUAL, Ramón: "La protección a las antigüedades", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos",* tomo 31.2, 1914, págs. 378- 394, y tomo 32, 1915, págs. 127-137, 254-264.
- RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio: "Los detectores de metal y el expolio del Patrimonio Arqueológico. Algunas propuestas de actuación en Andalucía", en *PH, Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico,* núm. 30, 2000, págs. 32-49.

  ---: *Arqueología urbana en España,* Ed. Ariel, Barcelona, 2004, 404 págs.

  ---: "Notas sobre la regulación de las actividades arqueológicas", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm. 13, 2009, págs. 87-115.
- RONZITTI, Natalino: "Stato costiero, archeologia sottomarina e tutela del patrimonio storico sommerso", *Il diritto marítimo,* 1984, fasc. 1, págs. 3-24.
- ROTONDI, Giovanni: "I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro", *Rivista di Diritto Civile,* anno II, 1910, págs. 311-337.
- RUIZ MUÑOZ, Francisco, GONZÁLEZ-REGALADO MONTERO, María Luz, ABAD DE LOS SANTOS, Manuel: "Derecho y Patrimonio Paleontológico (II): Regulación jurídica y ámbito competencial profesional en Andalucía. Una propuesta de actuación para el Neógeno de la provincia de Huelva (SO de

España)", *Studia Geologica Salmanticensia,* núm. 42, 2006, págs. 129-137.

- SÁINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa,* Ed. Civitas, Madrid, 1976, 364 págs.

---: "El subsuelo urbano", *Revista de Administración Pública,* núm. 122, 1990, págs. 153-208.

---: "El régimen jurídico del Patrimonio Arqueológico", en la obra colectiva referenciada *infra, Jornadas Internacionales Arqueología de Intervención. Diciembre 2001 (16-20). Palacio de Miramar. San Sebastián.* págs. 25-64.

- SAN MARTÍN MONTILLA, Concepción: "La protección del Patrimonio Arqueológico desde el Museo: criterios y difusión", *Boletín informativo del IAPH,* núm. 7, 1994, págs. 28-37.

- SANTOS BRIZ, Jaime: "Artículo 334", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Tomo V, Vol. 1 "Artículos 333 a 391 del Código Civil", Ed. EDERSA, Madrid, 1990, 527 págs.

- SÁNCHEZ-MESA, Leonardo: *La restauración inmobiliaria en la regulación del patrimonio histórico,* número 10 monográfico de la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación,* 2004, 392 págs.

- SCOVAZZI, Tullio: "The Convention on the protection of the Underwater Cultural Heritage", en la obra colectiva referenciada *infra, La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterráneo,* págs. 23-42.

---: "La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationeux", en la obra colectiva referenciada *infra, Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* págs. 3-144.

- SMITH, Hance D. y COUPER, Alastair D.: "The management of the underwater cultural heritage", *Journal of Cultural Heritage,* núm. 4, 2003, págs. 25-33.

- SPAGNA MUSSO, Enrico: *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana,* Morano editore, Nápoles, 1961, 224 págs.

- TOLEDO JÁUDENES, Julio. "El principio "Quien contamina, paga" y el canon de vertidos", *Revista de administración pública*, núm. 112, 1987, págs. 289-336.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *El marco político de la desamortización en España,* Ed. Ariel, Barcelona, 1.ª edición 1971, 1.ª edición en Colección Ariel 1989, 173 págs.
- TREVES, Tullio: "Stato costiero e archeologia sottomarina", *Rivista di diritto internazionale,* 1993, fasc.3, págs. 698-719.
- TREVISANUT, Seline: "Le régime des épaves des navires d'Etat dans la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique", en la obra colectiva referenciada *infra, Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* págs. 643-686.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: "La Ley de Patrimonio del Estado y la protección del poseedor", *Revista de Derecho Privado,* mayo 1976, págs. 361-408.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos.: *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española,* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, 380 págs.
- VELASCO MORENO, Eva: *La Real Academia de la Historia en el siglo XVIII. Una institución de sociabilidad,* Ed. CEPC, 2000, Madrid, 342 págs.
- VELASCO STEIGRAD, Fernando: "Un modelo de gestión a partir de la declaración de zonas arqueológicas amplias: el caso de Madrid", en la obra colectiva referenciada *infra, Jornadas internacionales de Arqueología de intervención. Diciembre 1991 (16-20). Palacio Miramar. San Sebastián,* págs. 75-83.
- VILLACAÑAS GONZÁLEZ, Pedro: "La propiedad en sentido vertical", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núms. 302-303, 1953, págs. 481-503.
- VIVER PI i SUNYER, Carles: *Materias competenciales y Tribunal Constitucional,* Ed. Ariel, Barcelona, 1989, 251 págs.

- VV. AA.: *Jornadas internacionales de Arqueología de intervención. Diciembre 1991 (16-20). Palacio Miramar. San Sebastián,* Ed. Centro de Patrimonio Cultural Vasco, Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, Guipúzcoa, 1992, 508 págs.
- VV. AA.: *Actas del XXII Congreso Nacional de Arqueología, Vigo 1993*, Ed. Xunta de Galicia, Vigo, 1995, vols. I y II, 427 y 465 págs. respectivamente.
- VV.AA.: *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy. Actas del I Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo,* Ed. Asociación española de profesores de Derecho Administrativo y Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, 239 págs.
- VV. AA.: *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales. Actas del II Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo,* Ed. Asociación española de profesores de Derecho Administrativo y Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, 302 págs.
- VV. AA.: *Una nueva política social y económica para Europa,* Ed. Sistema, Madrid 1997, 541 págs.
- VV. AA. (dir. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar): *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* Ed. EDERSA, 1996, tomos I-XII.
- VV. AA. (dir. BARBERA, Augusto y BASSANINI, Franco): *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto n. 616 di attuazione della legge 382,* Ed. Il Mulino, Bolonia, 1978, 711 págs.
- VV. AA. (coord. BARNÉS, Javier), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado,* Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1995, 1067 págs.
- VV. AA. (eds. BELÉN DEAMOS, María y BELTRÁN FORTES, José): *Las instituciones en el origen y desarrollo de la Arqueología en España,* Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, 394 págs.
- VV. AA. (dir. BERCOVITZ CANO, Rodrigo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, SALVADOR CODERCH,

Pablo, *Comentario del Código Civil,* Ed. Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1993, 2 tomos, 2588 págs.

- VV. AA (coord. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, cuatro tomos, 6739 págs.
- VV. AA. (ed. DÍAZ-ANDREU, Margarita), *Arqueología española. José Ramón Mélida Alinari,* Ed. Urgoiti, Pamplona, 2004, 319 págs.
- VV. AA. (coord. FRANCIONI, Francesco, DEL VECCHIO, Angela, DE CATERINI, Paolo): *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura,* Ed.Giuffrè, Milán, 2000, 212 págs.
- VV.AA. (coord. GARRIDO FALLA, Fernando): *Comentarios a la Constitución,* Ed. Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001, 2856 págs.
- VV.AA. (coord. MARCOS POUS, Alejandro): *De Gabinete a Museo. Tres siglos de historia. Museo Arqueológico Nacional,* Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, 537 págs.
- VV. AA. (eds. MARTÍN RUIZ, José María, MARTÍN RUIZ, José Antonio y SÁNCHEZ DE LA BANDERA, Pedro Jesús): *Arqueología a la carta. Relaciones entre teoría y método en la práctica arqueológica,* Ed. Diputación de Málaga, Málaga, 1997, 163 págs.
- VV.AA. (coord. MONTORO CHINER, María Jesús), *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio,* Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, 323 págs.
- VV. AA. (ed. MONTOYA MELGAR, Alfredo), *Enciclopedia jurídica básica,* vols. I-IV, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- VV. AA. (eds. MORA RODRÍGUEZ, Gloria y DÍAZ-ANDREU, Margarita): *La cristalización del pasado: génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España,* Ed. Universidad de Málaga, MEC y CSIC, Málaga, 1997, 762 págs.
- VVAA (coord. MORENO QUESADA, Bernardo): *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas,* Ed. Parlamento de Andalucía y Tecnos, Madrid, 1989, 264 págs.

- VV. AA. (coord. NAFZIGER James A. R. y SCOVAZZI, Tullio): *Le patrimoine culturel de l'humanité. The cultural heritage of mankind,* Ed. Academie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, 1118 págs.
- VV. AA. (dir. NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen), *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea,* Ed. Iustel, 2010, 247 págs.
- VV.AA. (dir. POMED SÁNCHEZ, Luis): *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés. Ley 3/1999, de 10 de marzo,* Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001, 309 págs.
- VV. AA. (dir. QUINTANA LÓPEZ, Tomás): *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental,* Ed. Civitas, Madrid, 2002, 496 págs.
- VV. AA. (coord. SCOVAZZI, Tullio): *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterráneo,* Ed. Giuffrè Editore, 2004, 448 págs.
- VV. AA. (coord. VERA JURADO, Diego J.), *Derecho ambiental de Andalucía,* Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 481 págs.
- YÁÑEZ VEGA, Ana y LAVÍN BERDONCES, Ana Carmen: "La legislación española en materia de Arqueología hasta 1912: análisis y evolución en su contexto", *Patrimonio Cultural y Derecho,* núm. 3, 1999, pags. 123-145.
- ZACCARIA, Alessio: "Articolo 49. Attività di promozione educativa e culturale", en la obra colectiva referenciada *supra, I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, págs. *
- ZAMORANO WISNES, José: "La ordenación del espacio litoral y las competencias autonómicas y locales en el mar territorial", en la obra colectiva referenciada *supra*, *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea,* págs. 187-247.