



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

Presentado por:

Alejandro Zalama Alonso

Tutelado por:

Prof. Íñigo Sanz Rubiales

Valladolid, julio de 2022

RESUMEN

El presente trabajo busca mostrar la situación fáctica en la que se encuentra el Patrimonio Arqueológico en España a través del análisis de su régimen jurídico y una exposición de las particularidades con las que cuentan los bienes integrantes de esta parte de nuestro Patrimonio Cultural gracias a su declaración de dominio público tras la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

ABSTRACT

The present work aims to show the real situation in which the Archaeological Heritage finds itself by analysing its legal framework and exposing the distinctive features the goods that are integral of this part of our Cultural Heritage have thanks to their proclamation as public domain goods after Law 16/1985, of the Spanish cultural Heritage.

PALABRAS CLAVE

Administración Pública, dominio público, Patrimonio Histórico Español, régimen jurídico.

KEY WORDS

Public Administration, public domain, Spanish Cultural Heritage, legal framework.

LISTADO DE ABREVIATURAS:

AGE	Administración General del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LPAP	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

TS
TSJ
UNESCO

Tribunal Supremo
Tribunal Superior de Justicia
Organización de las Naciones Unidas para la
Educación, la Ciencia y la Cultura

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO Y RÉGIMEN JURÍDICO	5
3. EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO	8
3.1. Origen de la regulación y situación normativa actual	8
3.2. Bienes incluidos y extensión de la declaración de dominio público	10
3.3. Necesidad de un dominio público arqueológico	14
4. LA TITULARIDAD PÚBLICA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO	16
4.1. Interpretaciones doctrinales	16
4.2. Titularidad autonómica del dominio público arqueológico	17
4.3. Reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas	19
4.4. Mención especial a los bienes submarinos. Caso <i>Odissey</i> .	22
5. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS: EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN SANCIONADOR	27
5.1. Infracciones tipificadas como atentados contra el patrimonio arqueológico	29
5.1.1. Incumplimiento del deber de conservación	29
5.1.2. Realización de actividades arqueológicas sin preceptiva autorización o incumpliendo los términos de ésta	32
5.1.3. No comunicación del hallazgo de restos arqueológicos	41
5.1.4. Obras ilícitas que afectan a bienes arqueológicos	46
5.2. Sujetos intervinientes en las actuaciones ilícitas contra el Patrimonio Arqueológico y su culpabilidad	49
5.2.1. El principio de culpabilidad en las infracciones sobre los bienes arqueológicos	49

5.2.2. Sujetos responsables	54
5.3. Delitos sobre el Patrimonio Histórico	57
5.4. Otras medidas	58
5.4.1. Normas de descubrimiento del tesoro	58
5.4.2. Autorizaciones para el uso de detectores de metales y otros instrumentos	63
6. LA RECUPERACIÓN DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS	66
7. CONCLUSIÓN	69
BIBLIOGRAFÍA	72

EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

1. INTRODUCCIÓN

España es internacionalmente reconocida por su amplio Patrimonio Cultural y Natural, contando de hecho con 49 lugares declarados Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO, lo cual hace que forme parte del grupo de Estados con más lugares incluidos en esta lista. Algunos de esos lugares son espacios naturales, pero la inmensa mayoría son bienes culturales, creados por el ser humano. Por si fuera poco, a los bienes culturales incluidos en esta lista de las Naciones Unidas habrá que incluir muchísimos otros, que, aun no figurando en ella, cuentan con un valor cultural innegable. Es entre todos esos bienes culturales que podemos destacar una categoría, los bienes arqueológicos. Y es que, a pesar de ser bienes culturales, como se acaba de mencionar, cuentan con unas características que los hacen en todo momento algo especiales respecto de los demás, lo cual ha llevado a que las normas relativas a Patrimonio Cultural les otorguen en muchos casos una regulación y un régimen jurídico específico. Sin ir más lejos, que, a diferencia del resto de bienes culturales, sean considerados de dominio público. A lo largo de la exposición se irán mostrando estas especialidades, al igual que se indagará en las razones que llevaron a su demanialización, su regulación actual, las distintas formas de protección de los mismos y las normas relativas a la recuperación de estos bienes por parte de la Administración cuando los particulares se apropian de ellos.

2. CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Los entes públicos son titulares de una gran variedad de bienes, los cuales son denominados bienes públicos. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a éstos no es en absoluto único, sino que existen varias categorías, diferenciadas principalmente por las prerrogativas con que la Administración cuenta respecto de los bienes integrados en cada una de ellas. De esta forma, encontramos los bienes patrimoniales, comunales, integrantes del Patrimonio Nacional y de dominio público. Es el régimen jurídico de esta última categoría de bienes públicos lo que es objeto de exposición en este momento, pues antes de entrar a tratar el régimen jurídico del dominio público arqueológico en particular se hace necesario contar con unas nociones acerca del dominio público en general.

Del texto constitucional no es posible extraer una definición del dominio público, ya que su artículo 132 simplemente se limita a disponer los principios inspiradores de su régimen jurídico y a declarar de dominio público a bienes concretos¹. Ante tal situación de silencio por parte del constituyente se deberá acudir a otras normas, encontrándose la respuesta a esta cuestión en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, más concretamente, en sus artículos 5 y 6. En el apartado 1 del artículo 5 se dispone que “son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”. Tras una lectura de ese precepto se pueden extraer ya dos rasgos esenciales del dominio público: en primer lugar, la necesidad de una titularidad pública para su existencia y, en segundo lugar, su afectación a un uso general o un servicio público.

Si unimos lo que se acaba de señalar con los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, dispuestos en el artículo 6, podemos definir en este punto el dominio público como el conjunto de bienes y derechos de los que es titular una Administración Pública, que, al encontrarse afectos a un uso general o servicio público, serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. Es necesario, pues, saber a qué se refiere el legislador cuando habla de “afectación” y de “uso general o servicio público”.

Respecto a la afectación, debe entenderse como la adscripción de un bien o derecho a un uso o servicio público. Esta afectación es, de hecho, lo que hace que los bienes patrimoniales pasen a formar parte del demanio². Por servicio público hemos de entender las prestaciones que la Administración ofrece a los administrados, bien sea de forma directa o indirecta (en función de si las prestaciones las realiza la propia Administración o un sujeto privado en colaboración con aquélla)³. Será, por su parte, uso general de los bienes de dominio público aquél que corresponde a todos por igual, sin impedir el uso por parte de unos su disfrute por parte del resto, tal y como se extrae del artículo 85.1 LPAP.

¹ FERNÁNDEZ FARRES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, 2ª ed., Civitas, 2014, p. 343.

² FERNÁNDEZ FARRES, G., op. cit., p. 351.

³ FERNÁNDEZ FARRES, G., op. cit., p. 81.

La idea que se encuentra en el trasfondo de ambos conceptos es el interés general. Así, la afectación constituye el cauce elegido por el legislador para la manifestación de la existencia de un interés general. Dicho de otra forma, sin la presencia de aquél no podrá justificarse la inclusión de un bien en el demanio a través de su afectación. Si bien es cierto que existen diversas formas de afectación de los bienes a un uso general o servicio público (implícita, presunta, por ley y por acto administrativo expreso), ésta constituye en todo caso la condición necesaria para que formen parte del dominio público, ya que, de perderse tal vinculación, cesaría su condición de demaniales, lo que se conoce como desafectación.

No debe entenderse, a pesar de lo que se acaba de exponer, que el uso común o general es el único que puede corresponder a los bienes demaniales. El art. 85 consagra en sus apartados 2 y 3 otras dos clases de usos: especial y privativo:

- Será uso especial aquel en el que, sin impedir el uso común, concurren circunstancias que justifiquen un exceso en la utilización sobre el uso general o un menoscabo del mismo. A pesar de ser un uso respetuoso con el común, necesita de autorización o concesión⁴.
- Será privativo aquel que excluya o restrinja el uso común por parte de otros interesados. Parecería que este uso es irrespetuoso con los principios que rigen el régimen jurídico del dominio público, pero lo cierto es que se encuentra admitido de forma restrictiva, sólo en aquellos supuestos en los que el interés general siga garantizado con las demás porciones de uso, o porque ese uso privativo sirva para satisfacer el interés general⁵.

En definitiva, la inclusión de bienes determinados o categorías de éstos en el dominio público debe darse únicamente cuando exista un interés general que justifique su afectación a un uso general o servicio público. De ocurrir esto, entrará en aplicación un régimen jurídico caracterizado por la presencia de una titularidad pública sobre aquéllos y una serie de principios, entre los que destacan la inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad.

⁴ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Comentarios a la Ley del patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 709

⁵ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *op. cit.*, p. 711

3. EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

3.1. Origen de la regulación y situación normativa actual

Aunque hoy la existencia de un dominio público sobre los bienes arqueológicos pueda parecer normal, es, en realidad, de reciente creación. No es sino con la promulgación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁶ cuando lo encontramos recogido en una norma. Esto no quiere decir, sin embargo, que con anterioridad a este texto no existieran bienes arqueológicos integrados en el demanio, lo cual podía ocurrir por diversas razones relativas a las características concretas de esos bienes, pero lo que en ningún caso es defendible que antes de 1985 existiera un dominio público arqueológico. Ya en el siglo XIX, durante el período liberal, se dieron los primeros pasos en este sentido⁷. Debido a los constantes expolios y a la relación del Patrimonio Arqueológico con la identidad nacional, se incluyó dentro del demanio a ciertos bienes con el fin de otorgarles una mayor protección. Sea como fuere, lo que en ningún caso es defendible que antes de 1985 existiera un dominio público arqueológico.

Antes de entrar a desarrollar lo relativo a la regulación del dominio público arqueológico, es necesario dejar claro cuáles son los objetos que nuestro ordenamiento jurídico considera como bienes arqueológicos, y es que, aunque todo el mundo se pueda hacer una idea de ello, no siempre es sencillo saber, desde el punto de vista jurídico, cuáles van a ser los bienes incluidos en el dominio público arqueológico. Dice el art. 44.1 LPHE 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”. Este precepto es el más relevante a los fines de este trabajo, pues por vez primera, declara con ánimo de generalidad, de dominio público, todos los bienes arqueológicos.

Pero no es aquí donde nos dice el legislador cuáles son los bienes arqueológicos. Para ello habrá que acudir al art. 40.1 de la misma Ley, el cual dispone que “conforme a lo

⁶ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 136.

⁷ GABARDÓN DE LA BANDA, F., *La configuración del patrimonio arqueológico como bien de dominio público en el ordenamiento jurídico español*, SPAL, 2010, p. 29.

dispuesto en el artículo 1.º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes”. La primera idea de la que hay que partir es que el patrimonio arqueológico se halla integrado en un concepto más amplio, el de Patrimonio Histórico Español (en adelante, PHE), cuya denominación ha ido variando en sucesivos textos normativos estatales (la Ley de 13 de mayo de 1933 se refería a éste como Patrimonio Histórico-Artístico) y también en las distintas leyes autonómicas en la materia.

Aunque no vamos a entrar más en profundidad en este concepto, pues no es el objeto de este trabajo, sí se hace necesario referirse al art. 1.2 LPHE, al cual remite como acabamos de ver el artículo 40.1. En este precepto se realiza una enumeración de los bienes que se considerarán incluidos en el PHE, mencionando expresamente a los bienes arqueológicos.

Partiendo de lo dispuesto en los tres artículos que se acaban de mencionar, y siendo conscientes de que los bienes arqueológicos se encuentran incluidos en la categoría superior de bienes integrantes del PHE, cabe preguntarse cuál es la característica fundamental que los diferencia del resto de esos bienes. Pues bien, tal y como señala el art. 40.1, será la metodología arqueológica la que haga que un bien integrante del PHE se reconozca como un bien arqueológico, y, como veremos más adelante, también integrante del dominio público. Sobre esto poco o nada se puede decir desde el punto de vista jurídico, pues ésta es una cuestión que atañe a los arqueólogos y especialistas en la materia, no pudiendo ni debiendo los juristas entrar en ello. Como en tantas otras cuestiones, serán los profesionales en la materia quienes tengan conocimiento gracias a sus prácticas, de si un bien es o no susceptible de ser estudiado mediante metodología arqueológica.

No está de más, sin embargo, dar una definición de arqueología, pues puede contribuir a una mejor comprensión del presente trabajo por parte del lector. El diccionario de la Real Academia Española la define como “ciencia que estudia las artes, los monumentos y los objetos de la antigüedad, especialmente a través de sus restos”. Parece una definición muy escueta, pero lo cierto es que ni a los lingüistas ni a los juristas les corresponde dar una definición mejor, debiendo dejarse la consideración de ciertas actividades como arqueológicas o no a los profesionales.

La propia Ley no dice expresamente, ni en su artículo 44 ni en ningún otro precepto, que sean únicamente los bienes arqueológicos los que se consideran de dominio público. Sin embargo, una interpretación que ampliase el dominio público al resto de bienes integrantes del PHE sería incorrecta, pues del art. 44.1, encontrándose como se encuentra en el Título dedicado al Patrimonio Arqueológico y por su tenor literal, no puede desprenderse otra consecuencia⁸.

3.2. Bienes incluidos y extensión de la declaración de dominio público

Ateniéndose a lo expuesto, esto es, que los bienes arqueológicos lo son por la metodología que los puede tratar, y no añadiéndose nada por parte de los artículos siguientes, queda constatada la indiferencia que muestra el legislador sobre que estos bienes hayan sido ya extraídos o no, considerándolos de dominio público en todo caso. Esto parece ser bastante difícil de llevar a cabo en la práctica, y es que no parece plausible reconocer el dominio público de bienes desconocidos. Sin embargo, la intención del legislador parece más bien considerar que los bienes arqueológicos pasan a ser parte del dominio público desde el mismo momento en que se confirma su existencia, sin importarle a nuestro legislador que se hayan llevado a cabo actividades destinadas a la extracción de éstos o no.

Lo cierto es que la labor de los arqueólogos no consiste únicamente en la excavación y extracción de bienes cuya existencia ya es conocida o, de la que al menos se tienen sospechas. De forma similar a los recursos minerales⁹, antes de que esto ocurra suele tener lugar una actividad de prospección para constatar si en un lugar determinado puede llegar a haber ese tipo de bienes. Y de igual manera que ocurre en esos supuestos, no hay lugar a duda de que estas actividades son arqueológicas. De hecho, las prospecciones arqueológicas no siempre tienen por qué terminar en una excavación. Incluso son varios los convenios y otros instrumentos de Derecho internacional que desaconsejan que esto se haga, como por ejemplo la Recomendación de la UNESCO de Nueva Delhi de 1956.

La realidad nos muestra que es precisamente gracias a estas actividades de prospección como se llega a tener conocimiento de la existencia de algunos bienes arqueológicos, a pesar

⁸ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 152 ss.

⁹ BARCELONA LLOP, J., op. cit., pp. 153 ss.

de que ese conocimiento no sea muy detallado. A entender de Javier Barcelona Llop, ésa es la idea que tuvo en mente el legislador al aprobar la norma, incluyendo el texto de la ley a los bienes arqueológicos en el PHE “hayan sido o no extraídos” en el art. 40. Tal y como dice él, “no hay dominio público sobre cosas no conocidas. Sí lo hay sobre cosas cuya existencia está contrastada merced a actuaciones arqueológicas dirigidas al descubrimiento y no necesariamente a la extracción”.

Partiendo de esa premisa, se hace ahora necesario dilucidar cuáles son las actividades por las que se puede producir el hallazgo. La Ley menciona en su artículo 44.1 “excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar”. Tras un primer vistazo, da la impresión de que el precepto es lo suficientemente exhaustivo como para no dejar lugar a más posibilidades; sin embargo, no podemos olvidarnos de las ya mencionadas prospecciones, cuya consideración es esencial. Para una mayor concreción al respecto, se puede acudir a la normativa autonómica, la cual, en la mayoría de los casos, ha precisado la falta de concreción de la normativa estatal.

En lo referido a los descubrimientos por azar, está claro que éstos deben producirse fuera de cualquier actividad arqueológica. Que un hallazgo sea o no considerado casual tendrá implicaciones en relación con el posible premio que corresponde al hallador, como veremos más adelante, razón que ha llevado a muchos legisladores autonómicos a limitar los supuestos en que un hallazgo será considerado casual o no. De hecho, algunas Leyes de Patrimonio Histórico autonómicas han entendido que, además, tiene que darse en sitios donde no quepa preverse la presencia previa de bienes arqueológicos, reduciendo aún más esta posibilidad. El lugar en que se hallen los restos, presupuesto de hecho determinante para saber qué Administración será titular de los mismos, no afecta en absoluto al carácter de demanial de estos bienes, pues la Ley, en su artículo 40.1 realiza una enumeración exhaustiva al disponer que serán de dominio público estos bienes “tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental”. También es necesario mencionar que en nada afecta al carácter demanial de los bienes arqueológicos el régimen jurídico del lugar en que éstos se encuentren. Así, por ejemplo, un resto arqueológico no dejará de formar parte del dominio público en ningún momento, aunque se haya encontrado en una finca de titularidad privada. De forma similar, que ciertos lugares como el mar territorial, por mencionar alguno, sean considerados de dominio público, no guarda relación alguna con que también lo sean los restos arqueológicos allí encontrados. Su razón de ser es

distinta y está amparada en otros preceptos, en este caso constitucionales, cosa que no ocurre con los bienes arqueológicos, cuyo dominio público es de configuración legal.

Ya hemos visto cómo la LPHE deja clara la creación de un dominio público de los bienes arqueológicos, pero ahora cabe hacerse la pregunta de hasta qué punto llega esta misma declaración. Principalmente surge la duda respecto a aquellos bienes declarados de Interés Cultural por la mencionada norma. Como tales, estos bienes gozarán en todo caso del mismo grado de protección que los demás bienes que forman parte del PHE, pues el régimen jurídico de los bienes integrantes de este Patrimonio opera al margen de si su titularidad inicial es pública o privada. Dicho esto, sí que sería plausible pensar en la posibilidad de extender el dominio público a las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre, siendo estos últimos bienes arqueológicos. Y esto se puede argumentar en el hecho de que aquéllas pueden ser estudiadas con una metodología arqueológica, condición necesaria, como hemos visto, para poder hablar de dominio público arqueológico. No obstante, esto no es menester para poder hablar de dominio público de todos los lugares donde se encuentren bienes arqueológicos¹⁰.

Dentro de todos los lugares mencionados, un supuesto que merece ser tratado un poco más en profundidad es el de las cuevas, precisamente por la problemática que acarrea. ¿Se puede justificar la declaración de dominio público de toda la cavidad sólo porque en ella se encuentren algunas manifestaciones de arte rupestre? Lo que suele darse en la realidad es que estas cuevas pueden tener una amplitud enorme y que los restos arqueológicos únicamente se encuentran en una o varias zonas aisladas. Por tanto, carecería de sentido y por ende de justificación la aplicación del régimen jurídico propio del dominio público a todos los espacios que en ellas se encuentran. Este régimen jurídico no debe aplicarse a la ligera, sino que deben ser respetados los límites impuestos por la propia norma, no siendo proporcional ni razonable una actitud que extienda de manera tan excesiva el concepto, aunque el resultado en este caso sea aplicar un régimen jurídico distinto a las diferentes partes de las cuevas.

¹⁰ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, pp. 158-159.

Como última cuestión relativa a la extensión de este dominio público, y volviendo al artículo 40.1 LPHE, observamos que incluye dentro del Patrimonio Arqueológico a “los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes”. Esto puede dar origen a ciertos problemas a la hora de entender qué bienes conforman el Patrimonio Arqueológico, pero a pesar de encontrarse la inclusión de estos bienes en el PHE en el mismo Título de la Ley que lleva por nombre “Del Patrimonio Arqueológico”, en caso de no necesitarse de metodología arqueológica para su estudio y extracción, habría que entender que se trata de una excepción frente al criterio general consagrado previamente en el mismo precepto y que en esos casos no serán considerados bienes de dominio público. Así, no dejando de ser considerados bienes arqueológicos por parte de la norma, sí que deberían dejarse al margen del dominio público arqueológico, el cual se entiende que se refiere únicamente a los bienes que se pueden ver sometidos a esta metodología. Esto es aplicable al menos en el caso de los elementos geológicos, pues aunque sus características tienen un papel fundamental en la influencia de los hábitos culturales, son completamente irrelevantes para el PHE las circunstancias naturales que han conformado los comportamientos del ser humano, interesándole en su lugar estos mismos comportamientos¹¹.

No obstante, los valores paleontológicos sí que se deben incluir dentro de aquellos que condicionan la pertenencia o no de un bien al PHE y, al encontrarse relacionados con la historia, antecedentes y orígenes del ser humano, sí que sería coherente poder hablar de dominio público de aquéllos, de forma paralela a los bienes arqueológicos. En relación con esto último existe desde hace décadas la conocida como arqueozoología.

Sobre lo dispuesto en la Ley estatal, son varias las normas de las Comunidades Autónomas que han añadido algún que otro matiz en este respecto, hasta el punto de preguntarse si en realidad están llevando a cabo una ampliación objetiva de este dominio público. A título de ejemplo se puede mencionar la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria, que en su artículo 75 menciona elementos ambientales. Más concretamente se refiere a la información medioambiental que guarde relación con la actividad humana, integrándola a su vez en el dominio público autonómico. También se refiere a elementos ambientales el artículo 49 de la Ley del Patrimonio Histórico de Baleares, aunque de una forma distinta a la

¹¹ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, pp. 160-162.

de Cantabria, al hablar de “las muestras ecoarqueológicas extraídas en yacimientos arqueológicos que no hayan de ser destruidas una vez analizadas científicamente”. En este último precepto no parece estar ampliando el objeto del dominio público arqueológico, pues lo más lógico es pensar que en verdad se refiere al análisis de la información ambiental que existe en el lugar donde se realizan las actividades arqueológicas.

Por último, el hecho de que la LPHE no establezca ningún requisito de antigüedad ni referente temporal necesario para poder incluir o no a distintos bienes en el Patrimonio Histórico en general y en el Patrimonio Arqueológico en particular, a diferencia de normas anteriores como la Ley de 1933, hace que sea posible incluir a objetos de creación relativamente reciente dentro del mismo. En la práctica no suele darse el caso de que un bien con apenas unas décadas de antigüedad necesite ser estudiado por medio de actividades que requieran de metodología arqueológica, pero siempre que sea susceptible de ello será considerado como un bien arqueológico y, por ende, entrará a formar parte del dominio público.

3.3. Necesidad de un dominio público arqueológico

Una vez expuesto el régimen jurídico al que se ven sometidos los bienes arqueológicos en España en la actualidad, surge en estos momentos una pregunta que no debe eludirse: qué ha llevado a nuestro legislador a considerar oportuna la creación de un dominio público exclusivamente para estos bienes del PHE. No existe ningún precepto constitucional del que pueda desprenderse un mandato al legislador de constituir un dominio público arqueológico, y sin embargo éste ha optado por crearlo en el art. 44.1 LPHE.

La Ley ya confiere un estatus jurídico que otorga cierta protección a todos los bienes integrantes del PHE (incluidos también los arqueológicos). Y esto está en consonancia con el art. 46 CE, en virtud del cual los bienes del PHE se verán protegidos por los poderes públicos en todo caso, siendo la cuestión de su titularidad irrelevante en principio para esta protección, estando este estatuto jurídico diferenciado justificado tanto por su valor como por su función cultural.

Amparándonos exclusivamente en ese precepto constitucional, parecería completamente injustificada la necesidad de un dominio público arqueológico en aras de una mayor protección de estos bienes. Ahora bien, y sin dejar los argumentos jurídicos de lado, es oportuno tomar en consideración aspectos que no figuran expresamente en las normas de Patrimonio Histórico, pero que sí pueden extraerse de las mismas y que sirven de justificación

para ir más allá y diferenciar en cierto modo a los bienes arqueológicos de los demás bienes del PHE mediante la declaración de su carácter demanial.

Lo fundamental a este respecto es el hecho de que la categoría del dominio público cuenta con una motivación finalista¹², tal y como se observa en el Fundamento Jurídico Segundo de la STC 149/1991, al señalar que la misma “no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas”. Por tanto, para alcanzar una respuesta a esta cuestión debemos buscar el fin que ha llevado al legislador a optar por la aplicación de este régimen jurídico a los bienes arqueológicos y no a los demás bienes del PHE.

Si bien ni en el texto de la norma ni durante el proceso de elaboración de aquél puede encontrarse ningún indicio que constate su finalidad, esto no es razón para entender que simplemente no la hay y que el legislador se desvincula de la jurisprudencia constitucional ya señalada. Bien es cierto que esta realidad produce una situación de cierta incertidumbre, pero al mismo tiempo puede encontrarse alguna explicación.

A pesar de que, en un principio, tanto los bienes arqueológicos como los demás integrantes del PHE desempeñan una misma función, la realidad nos muestra que, de entre todos los bienes históricos, son los arqueológicos los que son objetivamente más frágiles y, además, los que con mayor frecuencia se ven expuestos a expolios o saqueos.

Probablemente el legislador haya decidido declarar de dominio público a los bienes arqueológicos y no a los demás bienes históricos debido a esta situación, encontrándose la finalidad requerida por la jurisprudencia constitucional en la mayor protección que, a juicio del legislador, otorga este régimen jurídico. Y es que el hecho de que una categoría de bienes sea declarada de dominio público lleva consigo la aplicación de los caracteres de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, a la vez que dota a la Administración titular de un conjunto de potestades con las que nunca contaría de existir una titularidad privada sobre esos bienes.

¹² BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 137.

Parte de la doctrina, sin embargo, no ha visto con buenos ojos esta justificación y ha criticado que el legislador utilice aquí el dominio público exclusivamente con un ánimo de protección y no lo fundamente en una utilidad pública, requisito preceptivo para poder declarar de dominio público a unos bienes determinados o a un conjunto de ellos.¹³ Pero tal consideración sólo podría ser defendible en caso de que la utilidad pública no estuviera lo suficientemente clara, cosa que no se da en este supuesto, pues es innegable que la función cultural que desempeñan los bienes históricos en general, y los arqueológicos en particular, constituye una indudable función pública. Partiendo de esa base, se puede justificar ya que se diferencie a los bienes arqueológicos de los demás bienes históricos declarándolos de dominio público por los mayores riesgos a los que se ven expuestos. Así, el dominio público opera aquí simplemente como una forma de dar una mayor protección a aquella categoría de bienes pertenecientes al PHE que es más susceptible de sufrir daños o pérdidas, siendo esto perfectamente posible en la medida en que todos los bienes históricos cumplen una función social. Consecuencias de su existencia serán la exclusión de posibles titularidades privadas sobre estos bienes y la constitución de un régimen jurídico caracterizado por atribuir importantes exorbitancias a la Administración, rasgos que servirán para proteger de mejor manera a estos bienes, como veremos a lo largo de este trabajo.

4. LA TITULARIDAD PÚBLICA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

4.1. Interpretaciones doctrinales

En el Derecho español, y a diferencia de en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, no existe la idea de cosas públicas, o de todos, sino que los bienes de dominio público necesitan de un titular, que será un ente público (aunque esa titularidad poco tenga que ver con una propiedad en el sentido civil)¹⁴. El problema está en que la Ley nada dice acerca de quién es el titular de los bienes arqueológicos, situación que ha ocasionado el surgimiento de una pluralidad de opiniones en la doctrina. Así, autores como Juan Manuel Alegre han

¹³ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 139.

¹⁴ BARCELONA LLOP, J., op. cit., pp. 141 ss.

defendido que, en virtud del silencio de la ley, cabe entender que la titularidad es estatal¹⁵. Otros autores argumentan, por el contrario, que, a pesar del silencio de la norma, lo más razonable es entender que la titularidad es de la Comunidad Autónoma en donde se haya descubierto.

Lo cierto es que quizás la LPHE no mencione al titular de los bienes arqueológicos no por error del legislador, sino precisamente porque no desea hacerlo, pues en los casos en los que sí ha querido dejarlo claro lo ha hecho (véase el art. 29.1, donde se establece la titularidad estatal de los bienes que hayan sido exportados sin autorización). Llama la atención, cuando menos, que el art. 45 hable de “Administración adquirente”, lo cual sirve de indicio para pensar que la falta de concreción de la Administración titular ha sido completamente intencionada. A pesar de estos debates doctrinales, la cuestión no debe ser objeto de controversia; perfectamente se podría haber declarado de forma expresa una titularidad estatal o autonómica y no habría habido escándalo alguno. Ejemplo de ello es que en 1995 se atribuyó a las Comunidades Autónomas la titularidad de las vías pecuarias y apenas fue objeto de discusión¹⁶.

4.2. Titularidad autonómica del dominio público arqueológico

Puesto que de la normativa estatal nada se puede extraer para resolver la cuestión de la titularidad del dominio público arqueológico, habrá que acudir a las diferentes leyes autonómicas de Patrimonio Histórico. La mayoría de ellas establecen criterios que nos pueden servir para clarificar esta cuestión de una vez por todas, y a pesar de que a primera vista su contenido da la impresión de ser diferente, en realidad no lo es tanto.

Mencionamos ahora a las leyes más representativas:

- *Ley del Patrimonio Cultural Vasco de 1990*: Si bien fue sustituida por una nueva Ley de Patrimonio Cultural en el año 2019, es necesario mencionarla debido a que en su momento sirvió de paradigma para el resto de leyes autonómicas. Si bien, al igual que

¹⁵ ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 2, ed. Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos nº5, Madrid., 1994, pp. 347 ss.

¹⁶ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 143.

la Ley estatal, no identificaba de forma explícita al titular del dominio público arqueológico, sí que establecía, en su art. 48.4, al tratar el premio que corresponderá al descubridor casual de un objeto y al titular del terreno en donde se hubiera encontrado, que éste sería satisfecho por parte del Gobierno del País Vasco. De esta forma, quedaba claro que el titular de los bienes arqueológicos cuyo hallazgo genera un gasto para la Administración autonómica en concepto de premio, sería la misma Administración autonómica que pagara ese premio. Hoy la nueva Ley de Patrimonio Cultural Vasco ya no sigue esta misma técnica, pero la influencia de la anterior Ley en las primeras leyes de Patrimonio Histórico autonómicas fue fundamental.

- *Ley del Patrimonio Cultural Catalán*: A diferencia del caso del País Vasco, esta Ley sí que atribuye expresamente a la Generalidad la titularidad de los bienes descubiertos en territorio catalán, concretamente en su artículo 53. Pero no se queda ahí, sino que además establece un criterio negativo, señalando que los bienes cuyo premio haya sido abonado por otra Administración corresponderán a esa Administración, aun habiendo sido descubiertos en Cataluña. En el mismo sentido que esta Ley se orienta la Ley de Patrimonio Histórico balear, teniendo esta última como rasgo particular que atribuye la titularidad a los Consejos Insulares en su artículo 60.3, siendo éstos Entidades Locales.
- Otras leyes consagran simplemente un dominio público arqueológico autonómico, como las de Aragón (art. 69), Comunidad Valenciana (art. 64.1) o Extremadura (art. 55.4).

En conclusión, ha quedado expuesto cómo, en ausencia de un precepto estatal que lo establezca, han sido las normativas autonómicas las que han solventado el vacío legal acerca de la titularidad de los bienes arqueológicos, y aunque las técnicas utilizadas para ello sean diferentes, el resultado al que llegan es prácticamente el mismo, siendo éste que formarán parte del dominio público de una Comunidad Autónoma los bienes arqueológicos encontrados en el territorio de aquélla. No parece que se pueda argumentar en contra de esto, pues ha sido el Estado el que ha rechazado figurar como titular de los bienes arqueológicos, dejando un vacío que se ha ido llenando a medida que se ha desarrollado la normativa de las Comunidades Autónomas¹⁷. Además, y partiendo de que el régimen jurídico

¹⁷ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, pp. 143-146.

del dominio público está fundamentado en unos principios comunes aplicables a todos los bienes que lo conforman, no parece una cuestión tan relevante qué Administración sea la titular de los bienes arqueológicos mientras que ésta asegure que puedan cumplir con su función pública y los proteja adecuadamente.

Por último, tampoco se debe descartar la posibilidad de que el Estado termine siendo titular de ciertos bienes arqueológicos, por ejemplo, abonando el premio al hallador del bien o al titular del terreno, posibilidad que, como ya se ha expuesto, se reconoce en diversas leyes autonómicas, como la catalana. Además, la propia LPHE reconoce en su artículo 29 de manera expresa la titularidad estatal sobre los bienes exportados sin la autorización correspondiente. Por último, podría darse una titularidad estatal en el supuesto en que un bien arqueológico se encontrase adscrito a algún servicio público que estuviera gestionado por el Estado o forme parte del Patrimonio Nacional. Parece difícil que esto pueda llegar a ocurrir desde el mismo momento del hallazgo del bien, pero la posibilidad está ahí y no se puede descartar la opción.

4.3. Reparto competencial

Además del problema de la titularidad de los bienes arqueológicos, una cuestión especialmente compleja relacionada con el Patrimonio Cultural en general es la distribución de competencias entre los distintos entes públicos. Es una problemática a la que no se puede dar una solución carente de controversia, pues la diversidad de posiciones en la doctrina es abrumadora. Lo primero que hay que tener en cuenta es que no existe una competencia específica en materia de Patrimonio Arqueológico, sino que ésta se encuentra integrada en la categoría más amplia de “cultura”. Y, por si fuera poco, dentro de la ya de por sí compleja distribución de competencias que hacen la CE y los respectivos Estatutos de Autonomía, es razonable pensar que la cultura, y más concretamente el Patrimonio Cultural, son de las materias con criterios de reparto más inasequibles¹⁸.

Son tres los preceptos constitucionales a los que se debe acudir para comprender el alcance de las competencias del Estado en materia de cultura: los arts. 149.1.1, 149.1.28 y

¹⁸ LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., *La tutela jurídico-administrativa de la funcionalidad del patrimonio arqueológico: dominio público y control administrativo de las actividades arqueológicas*, Universidad de Huelva, 2011, p. 40.

149.2¹⁹. En el primero de ellos encontramos la competencia genérica estatal relativa a la regulación de “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.” Algunos podrían entender que la LPHE constituye una ley básica amparada por esta competencia estatal, pero nada más lejos de la realidad, y es que nuestro TC no lo ha interpretado de esta forma, como veremos a continuación.

El segundo de los preceptos atribuye al Estado la competencia en relación con la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, al igual que la relativa museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, permitiéndose en estos casos una posible gestión de éstos por parte de las CCAA. De la redacción de este precepto se puede extraer que en la defensa contra la exportación y la expoliación la competencia será en todo caso estatal.

Por último, el artículo 149.2 vuelve a mencionar residualmente a las CCAA al señalar que, sin perjuicio de sus competencias, el Estado considerará el servicio de la cultura como “deber y atribución esencial”.

Por el lado de las CCAA, el art. 138.1 dispone en varios de sus apartados las competencias en materia cultural que pueden asumir aquéllas, a saber, en materia de artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad, patrimonio monumental de interés para la Comunidad y fomento de la cultura, de la investigación y la enseñanza de la lengua de esa Comunidad, de haberla.

Tras mencionar todo esto, queda claro que la competencia en materia de cultura es concurrente, tal y como ha señalado el TC en alguna que otra sentencia (SSTC 49/1984, 157/1985 y 106/1987)²⁰. Define Javier Salas las competencias concurrentes como “aquellas potestades de distinto tipo, atribuidas a dos o más sujetos diversos, que se proyectan sobre

¹⁹ ABAD LICERAS, J. M., *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, 1999, p. 144.

²⁰ ABAD LICERAS, J. M., op. cit., p. 166.

una misma parcela o sector de una materia o fase de su procedimiento pero de modo no simultáneo”²¹.

Para resolver la cuestión es imprescindible acudir a la STC 17/1991, en la que se resuelve acerca de la constitucionalidad de varios preceptos de la LPHE. Esta sentencia cuenta con tal importancia debido a que en ella se delimitó el alcance de las competencias del Estado y las CCAA en materia de patrimonio cultural. Si atendemos a lo resuelto en ella, podemos llegar a la siguiente conclusión en cuanto a la distribución competencial en materia de patrimonio cultural²²:

1. La legislación estatal será aplicable en los siguientes supuestos:
 - a) En relación con los bienes de titularidad estatal, adscritos a un servicio público estatal, o que formen parte del Patrimonio Nacional, siguiendo un criterio subjetivo.
 - b) En la defensa de los bienes del PHE contra su exportación o expoliación. Ésta es la consecuencia directa de la aplicación del artículo 149.1.28 CE.
 - c) Cuando se busque crear principios generales para dar una definición común de la materia. También es la consecuencia de la competencia genérica que figura en el art. 149.1 CE.
 - d) Cuando la competencia en cuestión no se haya asumido por la Comunidad Autónoma en su Estatuto de Autonomía, tal y como dispone el art. 149.3 CE.
 - e) Supletoriamente, en ausencia de una normativa general en materia de patrimonio cultural en una CA, sobre los que el Estado no tenga titularidad alguna (salvo que exista una norma especial aplicable al caso).
 - f) Cuando los fines culturales no pudieran alcanzarse desde otras instancias.

²¹ SALAS, J.: “Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización”, *Revista de Administración Pública*, números 100-102, p. 447.

²² ABAD LICERAS, J. M., *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*, 1999, p. 178.

2. La legislación autonómica será aplicable:

- a) En relación con el patrimonio cultural presente en su territorio, con los límites ya mencionados. Aunque puede parecer que la Ley estatal desplaza en muchas ocasiones a la norma autonómica, esto no es así, ya que todas las CCAA han elaborado sus propias leyes de Patrimonio Cultural con un grado de desarrollo y especialidad lo suficientemente bueno como para que la intervención de la LPHE se reduzca a casos excepcionales.

4.4. Mención especial a los bienes submarinos. Caso *Odisey*.

Lo que se ha expuesto hasta ahora sirve para conocer en la mayor parte de los casos qué Administración será la titular de los bienes arqueológicos, pero existen ciertos lugares en los que la solución a este problema no es tan clara. Se trata de supuestos en los que los restos arqueológicos son encontrados ya no en tierra firme, sino bajo el mar. Desgraciadamente, y complicando así la labor de exposición de este tema, no hay hoy por hoy una legislación que regule específicamente el tratamiento jurídico del conocido como patrimonio subacuático, no figurando siquiera un concepto que dé una definición expresa de éste ni con un régimen de protección exclusivo, debiendo ser protegidos conforme a lo establecido de forma general para todos los bienes arqueológicos²³. No hay siquiera una mención en alguna norma, razón por la cual en la doctrina es conocida por diversos nombres: algunos denominan a esta parte del Patrimonio Arqueológico como submarino, otros sumergido, o subacuático. Aquí utilizaremos indistintamente cualquiera de esos términos, por referirse a lo mismo.

Lo primero que hemos de resaltar aquí es que no todos los bienes que se hallen sumergidos bajo el mar serán considerados integrantes del Patrimonio Cultural submarino. Esto será condición necesaria, pero no suficiente²⁴. En este punto, y en ausencia de esa definición legal, deberemos considerar al patrimonio arqueológico sumergido como el

²³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Patrimonio Arqueológico sumergido: una realidad desconocida*, Universidad de Málaga, 2009, p. 73.

²⁴ BARCELONA LLOP, J., “Patrimonio arqueológico submarino: dominio público, titularidad y competencias de las Comunidades Autónomas”, *Revista de administración pública*, núm. especial 99-100, 2014, p. 496.

conjunto de bienes arqueológicos encontrados o bien en el mar territorial o en la plataforma continental. Para conocer el límite de ambas zonas, me remito a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, ratificada por España en el año 1997.

Algún que otro autor ha sostenido que el titular de este patrimonio será el Estado, ya que la misma Constitución le otorga la titularidad demanial de ambas zonas. Sin embargo, y siguiendo la argumentación de Javier Barcelona Llop que ya se dejó ver al comienzo de este trabajo, ésta no es una justificación válida, y es que nada tiene que ver la demanialización legal de los bienes arqueológicos con el dominio público *ex constitutione* de la zona marítimo-terrestre. Que el constituyente haya decidido establecer una titularidad estatal de estas zonas no debe ser argumento para considerar que hace lo mismo a los objetos, arqueológicos o no, que en ella se encuentren, pues la finalidad de ese dominio público tiene su razón de ser independiente. En este punto, se hace necesario diferenciar entre la plataforma continental y el mar territorial, pues la argumentación variará en ambos casos:

Respecto a la plataforma continental, cabe preguntarse qué es exactamente lo que ha declarado de dominio público el art. 133.2 CE, pues de la redacción de este artículo pueden surgir dudas acerca de si se refiere a la misma plataforma continental o simplemente a aquellos recursos naturales que se encuentran en ésta. Lo cierto es que la regulación referida a esta zona se ha orientado principalmente a la explotación de los susodichos recursos naturales, al igual que ocurre con la zona económica exclusiva. Por esta razón, lo más lógico es pensar que la Constitución se refiere únicamente a los recursos naturales, y no a toda la plataforma continental. Dicho esto, parece claro que el art. 132.2 CE no vale como fundamento de una titularidad estatal de los bienes arqueológicos allí encontrados.

Ahora bien, si el art. 40.1 LPHE incluye como integrantes del Patrimonio Arqueológico a los bienes encontrados en la plataforma continental, y a su vez, el art. 44 declara de dominio público a todos los bienes arqueológicos, lo que parece claro es que, aun no pudiéndose justificar una titularidad estatal por vía del art. 132.2 CE, tendrá que haber un titular en todo caso. Al final, será titular el Estado, pero no por lo expuesto, sino por otra razón: la plataforma continental no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, y en ningún caso puede admitirse un dominio público autonómico sobre bienes que se encuentran fuera de sus respectivos territorios. Es ésta y no otra la razón por la que no se puede considerar como jurídicamente correctas a algunas leyes autonómicas que han dispuesto precisamente eso, como ha sido el caso de la de Baleares (art. 49), las cuales parece

que simplemente han copiado lo establecido en el art. 40.1 de la Ley estatal, sin haberse parado a pensar si tal consecuencia jurídica podía transponerse en una normativa autonómica de la misma manera²⁵.

En lo que respecta al mar territorial, el problema se hace todavía mayor, pues lo primero es saber si éste forma parte del territorio de las diferentes Comunidades Autónomas. Puesto que el dominio público estatal sobre ciertos bienes no afecta de ninguna manera a la territorialidad de las Comunidades Autónomas y al Estado se le reconoce una penetrabilidad en el territorio autonómico y la posibilidad de ejercer sus competencias en éste, bien podría ser posible que este mar territorial, aun siendo de dominio público estatal, se viera incluido en el territorio autonómico. Recayendo, además, el dominio público autonómico sobre los bienes arqueológicos encontrados en el territorio de esa Comunidad, que sea o no este mar territorial parte del territorio de las Comunidades Autónomas será lo que nos indique si su titularidad corresponde a éstas o al Estado.

En este aspecto, la doctrina se encuentra bastante dividida. Por una parte, hay quienes han considerado al mar territorial como territorio autonómico amparándose en que las Comunidades Autónomas cuentan con competencias efectivas sobre ésta²⁶. Por otro lado, se encuentran autores que consideran todo lo contrario.

Al final, para llegar a dilucidar esta cuestión es *conditio sine qua non* acudir a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía, amparándose en el art. 147.2 b) CE. Si se analizan aquéllos de las Comunidades litorales, se puede observar que el punto de partida, la base sobre la que se han conformado estos entes territoriales, son los términos municipales ya existentes antes de la aprobación del Estatuto. Teniendo esto en consideración, la cuestión será saber dónde se encuentra el límite del término municipal. Ante esto, el TS ha dejado claro que el mar territorial no forma parte de los términos municipales en su STS de 4 de abril de 1990²⁷.

²⁵ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 147.

²⁶ BARCELONA LLOP, J., op. cit., p. 148.

²⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Patrimonio Arqueológico sumergido: una realidad desconocida*, Universidad de Málaga, 2009, p. 85.

En conclusión, y partiendo de la jurisprudencia del TS, si el mar territorial no puede ser parte del término municipal y a su vez son los términos municipales los que conforman el territorio de las Comunidades Autónomas, difícilmente podrán ser estas últimas las titulares de los bienes arqueológicos allí encontrados. No obstante lo dicho, varias leyes autonómicas parecen haber hecho caso omiso a esta solución (tal es el caso de las Leyes de Cantabria y de las Islas Baleares) que, no sólo han considerado de titularidad autonómica los restos arqueológicos encontrados en las aguas, sino que también mencionan al mar territorial. Y es que lo que ocurre con frecuencia en realidad es que son las Administraciones regionales las que protegen y recuperan estos bienes, no la AGE, lo que hace más difícil de defender un dominio público estatal sobre bienes sobre los cuales en la práctica ejercen sus potestades las Comunidades Autónomas. Lo cierto es que se trata ésta de una situación compleja cuya única solución puede venir de la mano de una intervención legislativa²⁸. Nuestro legislador no ha hecho hasta el momento amago alguno de solucionar estos problemas, por lo que sólo cabe esperar que en algún momento futuro decida aclarar las cuestiones que hoy se ven oscurecidas por una falta de regulación clara en un primer momento.

Para terminar con esta breve mención al régimen jurídico de los bienes arqueológicos submarinos, creo necesario mencionar el conocido como caso *Odissey*, pues a pesar de que hace ya algunos años desde que los hechos tuvieron lugar, ha tenido una repercusión innegable en lo relativo a la protección de los bienes culturales submarinos²⁹.

El caso tiene su origen en el año 2007, cuando la empresa *Odissey Marine Exploration*, de nacionalidad estadounidense, la cual se dedicaba a la arqueología subacuática, extrajo 500.000 monedas de plata de un barco que se encontraba hundido en aguas territoriales españolas. Tras conocerse esta situación, las autoridades de nuestro país hicieron una serie de exigencias a la empresa, entre ellas que informara del Estado del pabellón de la nave, de la carga encontrada y del lugar en que se encontró. La empresa no actuó conforme a estas exigencias y se apropió del cargamento de monedas, por lo que desde España se decidió acudir a los tribunales en Tampa, Florida, ciudad donde se encontraba la sede de *Odissey*.

²⁸ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 150.

²⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Patrimonio Arqueológico sumergido: una realidad desconocida*, Universidad de Málaga, 2009, p. 91.

La presencia de esta empresa en aguas españolas se remonta a la década de 1990, en el contexto de un proyecto que buscaba localizar los restos del H.M.S. Sussex, un galeón de guerra inglés hundido en aguas del estrecho de Gibraltar en 1694. Este proyecto vio la irrupción de la Administración General del Estado, la Administración competente para el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes, debido a que los restos se encontraron fuera del territorio de las CCAA.

En el año 2001, se hallaron por la misma empresa 14 cañones y un ancla y, basándose en la posibilidad de que los pecios encontrados formaran parte del susodicho barco inglés, inicia conversaciones con el Gobierno británico. Desde este momento son frecuentes los incumplimientos de las condiciones de las sucesivas autorizaciones en distintos proyectos, y aunque son muchas las incertidumbres que rodean a este caso, lo que sí queda claro es que los barcos de esta empresa se encontraban en aguas bajo jurisdicción española en mayo de 2007, momento en que se encuentra el cargamento de monedas de plata, y que éstos se encontraban a una distancia de entre 9 y 12 millas de la costa, es decir, en el mar territorial, según los datos proporcionados por AIS LIVE, una empresa británica que ofrece a las navieras sus posiciones gracias a un registro por satélite de estos datos.

Este caso es especialmente relevante por la simple razón de que expone varios problemas existentes en relación con la protección del patrimonio arqueológico subacuático en España. Especialmente muestra el problema relativo a las aguas jurisdiccionales³⁰, y es que a pesar de que en la empresa *Odyssey* y el gobierno británico intentaran hacer pasar las aguas disputadas entre España y Gibraltar como internacionales, lo cierto es que todas las aguas que rodean al peñón de Gibraltar son de titularidad española, pues el Tratado de Utrecht no reconoció el traspaso de las aguas, sino sólo del Peñón, y la ONU ha negado siempre a Gibraltar la titularidad de las aguas que lo rodean.

En definitiva, el famoso caso *Odyssey* no hace sino que dejar en evidencia la insuficiente e ineficaz protección del patrimonio arqueológico subacuático en España, pues una parte de nuestro Patrimonio Histórico está quedando sumamente desprotegida en comparación con el resto de bienes que lo integran. Sin servir de excusa para la inacción de nuestro legislador,

³⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Patrimonio Arqueológico sumergido: una realidad desconocida*, Universidad de Málaga, 2009, pp. 94 ss.

es necesario resaltar que en el plano internacional tampoco se ha llevado a cabo una regulación lo suficientemente satisfactoria. Si bien en las últimas décadas ha crecido el interés en realizar una regulación sobre esta materia, el hecho de que no exista siquiera un marco jurídico exclusivo para estos bienes culturales y que se rijan por las disposiciones pensadas para la protección del Patrimonio Cultural en general, deja mucho que desear actualmente³¹.

Creo conveniente mencionar la forma en que ha terminado el proceso penal iniciado contra Greg Stemm, presidente de la empresa *Odyssey Marine Exploration*. Pues bien, tras una instrucción de catorce años, la Audiencia Provincial de Cádiz ha decidido archivar la causa existente por supuestos delitos de daños en un yacimiento arqueológico y contrabando. Esto muestra, una vez más, las carencias en la protección de nuestro Patrimonio Arqueológico, también en el orden penal³².

5. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS: EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN SANCIONADOR

Una vez expuestas la regulación histórica y actual del Patrimonio Arqueológico en España, es momento de tratar la cuestión de su protección. Cuestión ésta de enorme importancia, pues de poco sirve crear un régimen jurídico especial para estos bienes, justificado precisamente en su mayor necesidad de protección debido a su fragilidad, si luego esta protección no se hace efectiva. Respecto a las formas de proteger a los bienes arqueológicos, son numerosas las técnicas utilizadas tanto por el legislador como por las Administraciones titulares de estos bienes, pero en este trabajo nos centraremos más someramente en el régimen sancionador y otras medidas, principalmente las normas para la utilización de detectores de metales y el régimen de los hallazgos casuales.

Antes de entrar a hablar de las sanciones específicas tipificadas para el caso que nos atañe, la protección del Patrimonio Arqueológico, resulta necesario hacer una mención de las

³¹ CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Universidad de Salamanca, 2005, p. 27.

³² CAÑAS, J.A., *La justicia española cierra el ‘caso Odyssey’ reconociendo su “enfado” con su “insólita tramitación”*, El País, 18 de octubre de 2021.

características del procedimiento sancionador, pues al ser comunes, también serán de aplicación al caso. Estos principios se encuentran desarrollados en los artículos 25 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y son los siguientes:

- *Legalidad*: Además de contar con una base constitucional en el art. 9 CE, se encuentra mencionado el art. 25.1 LRJSP. Este principio implica que las Administraciones Públicas únicamente podrán ejercer su potestad sancionadora cuando la misma figure en una norma con rango de Ley, debiendo seguir además los procedimientos dispuestos por la Ley.
- *Irretroactividad*: También tiene un fundamento constitucional. El art. 9 CE menciona la “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Por ello, no se trata de un principio que deba ser aplicado en todo caso. De hecho, el legislador dispone en el art. 26.2 que sí serán retroactivas estas disposiciones en caso de favorecer al infractor o presunto infractor.
- *Tipicidad*: No basta que la conducta que implica vulneración del ordenamiento se encuentre en una norma con rango de Ley, sino que también es necesario que ésta sea prevista como una infracción, tal y como señala el art. 27.1.
- *Proporcionalidad*: Es un principio considerablemente indeterminado, a pesar de la concreción que lleva a cabo el legislador en el art. 29. Lo que implica, en definitiva, es que las sanciones que se lleguen a imponer no supongan un beneficio para el infractor al ser menor ésta que lo que le habría costado cumplir la norma, además de la necesidad de tomar en consideración una serie de criterios a la hora de graduar las sanciones (grado de culpabilidad, persistencia en la conducta infractora, naturaleza de los perjuicios y reincidencia).
- *Responsabilidad*: Según el art. 28, podrán ser sujetos de sanción tanto “las personas físicas y jurídicas, así como, cuando la Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

A diferencia de la regla del CC, cuando sean varios los sujetos infractores, su responsabilidad será solidaria. Además, la responsabilidad administrativa consecuencia de la comisión de la infracción será compatible con la obligación de reposición de la situación anterior o la indemnización por daños y perjuicios que pudiera surgir.

- *Prescripción*: Según dispone el art. 30, las sanciones prescribirán según lo establecido en la Ley, pero en el supuesto en que éstas no fijaran los plazos, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Este plazo comenzará a contarse desde el día de la comisión de la infracción. El inicio de un procedimiento sancionador interrumpirá el plazo de prescripción.
- *Concurrencia de sanciones*: Tal y como señala el art. 31, en caso de haberse impuesto una sanción penal o administrativa, no se podrá volver a sancionar en caso de identidad de sujeto, hecho y fundamento.

5.1. Infracciones tipificadas como atentados contra el Patrimonio Arqueológico

Debido a la titularidad autonómica de la mayor parte del dominio público arqueológico, cada una de las Comunidades Autónomas ha establecido una serie de conductas infractoras, que, a pesar de seguir unos criterios y una sistemática distinta, se asemejan en el sentido de que todas buscan lo mismo, proteger al Patrimonio Arqueológico frente a actuaciones que lo puedan poner en peligro. Esto no quita, sin embargo, de que la propia LPHE también tipifique determinadas conductas infractoras, concretamente en sus artículos 75 a 79. Por último, antes de entrar a analizar las distintas conductas sancionadas, no se debe olvidar que no todas son específicas de los bienes arqueológicos, sino que en muchos casos también sirven como elemento de protección de otros bienes del Patrimonio Histórico. Esta protección se dará independientemente de la consideración del objeto o inmueble como Bien de Interés Cultural, pues el art. 1.2 Ley 16/1985 incluye en el Patrimonio Histórico Español tanto a los BIC como a los que no lo son, siempre que cuenten con las características que en el mismo precepto se mencionan.

5.1.1. Incumplimiento del deber de conservación

El deber general de conservación está consagrado en el art. 36.1 LPHE y no afecta exclusivamente a los poseedores de bienes arqueológicos, sino de forma general a los que posean bienes integrantes del PHE. Se trata, y parafraseando a Alegre Ávila, del “núcleo duro del régimen de protección de la identidad de los valores de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico”³³. La exigencia de la Ley estatal, en el caso de los bienes arqueológicos,

³³ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 42 ss.

es únicamente de aplicación a los poseedores o titulares de algún otro derecho real sobre estos bienes, y es que, si bien se menciona también a los propietarios, esto nunca podrá ser de aplicación para los bienes arqueológicos, pues como ya hemos visto, no pueden ser en ningún caso de titularidad privada. Esta regulación se puede encontrar tipificada de manera similar en prácticamente todas las Leyes autonómicas, destacando la excepción de Aragón. Y es que la Ley de Patrimonio Cultural Aragonés impone este deber de conservación no sólo a los sujetos ya mencionados en la Ley estatal, sino que su artículo 6.1 establece que “todas las personas tienen el deber de conservar el patrimonio cultural aragonés”.

La nueva Ley del País Vasco tiene una orientación que en un principio parece seguir lo dispuesto en la LPHE, pues, al igual que ésta, consagra este deber de conservación en su art. 29.1, tanto para propietarios como para poseedores o titulares de derechos reales sobre estos bienes, pero se aleja de la Ley estatal en el ámbito objetivo, pues sólo será exigible este deber en lo que se refiere a los bienes inscritos en los Registros correspondientes. En este último caso, al no estar permitida la interpretación analógica en el derecho sancionador, parece claro que las únicas sanciones posibles por el incumplimiento de este deber podrán ir dirigidas a quienes no conserven adecuadamente esos bienes registrados. En el supuesto del art. 6 de la Ley de Aragón, lo razonable sería entender que éste no obliga al mismo nivel de cuidado a todo el mundo, a pesar de las palabras en las que se expresa, y esto es porque no es posible garantizar el mismo nivel de conservación por todas las personas. Véase un conservador en un museo o un visitante del mismo; no se puede exigir de cada uno de ellos un mismo nivel de diligencia, pues sus conocimientos, su proximidad y contacto con el bien histórico de que se trate puede variar considerablemente. La casuística es, por consiguiente, muy variada, y habrá que ir caso por caso en orden a establecer el nivel de diligencia exigible.

Respecto a la tipificación de su incumplimiento, se pueden apreciar distintas vías elegidas tanto por la legislación estatal como por las Leyes autonómicas:

- Tanto el Estado como algunas Comunidades Autónomas han tipificado la inobservancia de este deber de conservación como una infracción, sin diferenciar distintos supuestos, y calificándola simplemente como leve, grave y muy grave.
- Otras han establecido en principio este deber en relación con todos los bienes históricos, pero después, en su articulado, al tipificar la infracción, se refieren exclusivamente a los bienes catalogados o inventariados, no figurando sanción alguna para el incumplimiento de este deber respecto de otros bienes no incluidos ahí. Se trataría así de una cláusula genérica cuyo incumplimiento en muchos casos no

conllevará sanción, dejando así desprotegidos a muchos bienes. Esta técnica se puede encontrar en Extremadura, La Rioja y Valencia.

- Otras Comunidades han optado por calificar las infracciones como leves, graves o muy graves en función simplemente del daño producido o la protección que se le quiera otorgar a determinados bienes. Epítome de ello es la Ley de Asturias, que en sus artículos 107 a 109 califica la gravedad de las infracciones teniendo en cuenta el daño que éstas produzcan a los bienes históricos. Esta forma de tipificación no es la deseada por dos razones: por un lado, debido a la presencia en todo caso de daños en la regulación de las infracciones referidas a bienes históricos, lo cual hace que pierda el sentido una clasificación así. Por otro lado, que tal regulación no afecta en exclusiva al tipo de la infracción, sino que puede llegar a afectar además a la culpabilidad. Así, propone la profesora Ana Yáñez que se evite este tipo de regulación y se tipifiquen las conductas sancionables una única vez, considerando el daño producido sencillamente como un atenuante o agravante de la sanción³⁴.

Refiriéndonos ya en específico al incumplimiento del deber de conservación respecto del Patrimonio Arqueológico, que es lo que nos interesa, en numerosas ocasiones se da el supuesto de que, si bien el titular del bien es una Administración (por ser bienes de dominio público), sea un particular el que lo está fácticamente poseyendo. Un ejemplo de esto sería un yacimiento arqueológico que se halle en una finca privada. En estas situaciones la única interpretación viable sería considerar que, puesto que el titular es la Administración, lo único que se le puede exigir al particular es que no realice actuaciones que puedan hacer peligrar los valores arqueológicos de los bienes.

Para comprender mejor el alcance de este deber de los propietarios de terrenos donde se encuentran restos arqueológicos, se puede mencionar la Sentencia de 11 de febrero de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA. En ella, se resuelve un recurso interpuesto ante una sanción impuesta al propietario de un terreno en el cual se llevan a cabo unas obras que dañan un yacimiento arqueológico. El recurrente entiende que no se ha producido ninguna infracción al no haberse declarado la zona de interés cultural y desconocer

³⁴ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 47.

él de la existencia del yacimiento al efectuarse las obras³⁵. Pero el TSJA acaba desestimando el recurso argumentando que la LPHE y la Ley 1/1991, del Patrimonio Histórico de Andalucía extienden su protección mediante la sanción del incumplimiento del deber de conservación a todos los bienes integrantes del dominio público arqueológico, y es completamente indiferente para el caso que éstos se encuentren o no declarados bienes de interés cultural. Esta Sentencia muestra la poca importancia que con la que cuenta la declaración de un bien histórico como de interés cultural en cuanto al deber de conservación que exige la Ley, si bien es cierto que esto le otorgará una protección aún mayor.

La jurisprudencia ha ido con el paso del tiempo delimitando los caracteres de este deber de conservación, entendiendo que debe llegar hasta las posibilidades ordinarias del ciudadano, señalando el TS que “no es posible exigir a un ciudadano un sacrificio tan extraordinario que roce en lo imposible” (STS de 11 de octubre de 2000).

Una vez ya señalado qué se considera como infracciones al deber de conservación tanto por la Ley estatal como autonómicas, cómo califican las sanciones éstas y los límites que establece respecto a este deber la jurisprudencia, puede surgir una pregunta que en un principio no parece muy compleja pero que se va oscureciendo si observamos los preceptos legales y no es otra que cuáles serán las consecuencias de que la propia Administración a la que le corresponde imponer las sanciones sea la que, como titular de los bienes arqueológicos, incurra en alguna infracción en relación a su deber de conservación. Y la cuestión es compleja por el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no se ofrecen soluciones eficaces al respecto y muchas veces la situación termina por resolverse fuera del ámbito del Derecho por carecer éste de los medios para reconducir la cuestión a una solución legal.

5.1.2. Realización de actividades arqueológicas sin preceptiva autorización o incumpliendo los términos de ésta³⁶

En aras de una mayor protección del Patrimonio Arqueológico, la actividad arqueológica se encuentra regulada y para poder llevarse a cabo requiere de autorización por parte de la

³⁵ YÁÑEZ VEGA, A., op. cit., pp. 51-53.

³⁶ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 53 ss.

Administración correspondiente. Ahora bien, se puede decir sin duda alguna que este deber es con diferencia el más incumplido de entre los que vamos a tratar aquí, pues la realidad muestra que la mayor parte de las sanciones impuestas se refieren a la falta de autorización administrativa en actividades arqueológicas. A pesar de esto, son las obras ilegales y no estas actividades las que se muestran como más dañinas para los bienes arqueológicos.

Pensemos en la actividad de quien acude a un yacimiento armado de los instrumentos necesarios para la detección o extracción de restos arqueológicos, como puede serlo un detector de metales. Ya hemos visto que los bienes arqueológicos se definen precisamente por su susceptibilidad de ser estudiados mediante metodología arqueológica, y si esta metodología es la que permite el descubrimiento, estudio y extracción de estos bienes, ¿qué sentido tiene sancionar a quien realiza estas actividades? Lo cierto es que, debido a su fragilidad, el legislador prefiere no arriesgarse a que cualquiera, especialmente si no cuenta con unos conocimientos previos, pueda ponerlos en peligro mediante estas actividades. Por ello, somete a éstas a un régimen de autorizaciones, sancionando a quien pretenda eludir aquéllas. Prueba de la preocupación legislativa al respecto es que absolutamente todas las legislaciones autonómicas, además de la estatal, tipifican como infracción la realización de estas actividades no autorizadas. En la LPHE se tipifica en el art. 76.1.f), el cual lleva a cabo una remisión al art. 42.3, disponiendo éste a su vez que “serán ilícitas y sus responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la presente Ley, las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente”. Por tanto, no hay lugar a duda de que se estará incurriendo en una actividad sancionable siempre que se requiera una autorización y no se cuente con ella o no se respeten los términos de ésta.

Esto es tipificado de forma parecida en las Leyes autonómicas, sin embargo, hay diferencias entre éstas y surgen ciertos problemas, pues no queda del todo claro, en vista de cómo se regula la cuestión en la normativa estatal, si se trata de una sola infracción o si, por el contrario, nos encontramos antes dos infracciones distintas. Más bien debería entenderse lo segundo y se podría justificar la tipificación conjunta en el hecho de que las actividades realizadas son las mismas, si bien el supuesto de hecho varía. Analizamos ambos supuestos por separado:

- Realización de actividades arqueológicas en incumplimiento de los términos de la autorización

A pesar de encontrarse estas actividades tipificadas en tantas normas, lo cierto es que raro es el caso en el que se haya llegado a sancionar por incumplirse los términos de una preceptiva autorización para realizar actividades arqueológicas. Apenas se pueden encontrar precedentes jurisprudenciales, pudiendo poner como ejemplo la STSJA de 8 de noviembre de 2005. En algunas Comunidades Autónomas se han llegado a iniciar procedimientos sancionadores contra los arqueólogos al frente de estas actividades, pero siempre han acabado en el archivo del procedimiento y sin llegar a producirse la sanción. ¿Cuáles son entonces las razones que explican que estas infracciones apenas lleguen a producirse? Son varios los motivos que han conducido a la situación actual: por un lado, se podría explicar por la falta de conocimiento suficiente de la situación por parte de los órganos administrativos competentes para la sanción de estas conductas, cosa que, por otra parte, es un problema generalizado de la Administración. Por otro lado, se puede explicar además por el alto grado de especialización de los que serían los sujetos sancionados en caso de producirse la infracción, pues parece difícil que alguien sepa más acerca de cómo realizar actividades arqueológicas que los propios arqueólogos. Esto lleva a que, incluso en el caso de salirse del ámbito de la autorización, estas irregularidades no sean siempre obvias al menos en un primer momento.

Por último, se encuentra la posibilidad que tiene la Administración, en casos de incumplimiento de la autorización, de revocarla, suspenderla cautelarmente o directamente no renovarla, medidas contempladas reglamentariamente y en muchos casos también en el texto de la autorización. Hay que tener en cuenta que esto en ningún momento debería de evitar la sanción, y es que la Administración, en aplicación de la Ley, tendría que hacer ambas cosas: primero tomar las medidas oportunas respecto a la situación de la autorización y después abrir el procedimiento sancionador correspondiente por el incumplimiento de los términos de esa misma autorización. A pesar de esto, es bastante común que la Administración se limite a alterar de alguna forma la autorización de las formas ya mencionadas, sin molestarse en buscar obtener una sanción.

Ahora que ya conocemos lo que ocurre en la práctica con esta infracción, veamos cuáles son los elementos que deben estar presentes para que ésta se produzca³⁷:

- Que la actividad que se lleva a cabo constituya una actividad arqueológica: No se puede olvidar en ningún momento qué es lo que constituye una actividad arqueológica, pues de no tratarse de una, no se podría imponer sanción alguna al amparo del art. 76.1.f) de la Ley 16/1985. La dificultad surge en el momento en que la técnica remisiva de esta Ley deja mucho que desear (como se verá en el apartado siguiente) y las diferentes Leyes autonómicas han ido moldeando, cada una a su manera, este concepto, llegando al punto de incluir muchas más actividades que las recogidas en la Ley estatal (prospección y excavación). Vale la pena enunciar, simplemente a título de ejemplo, la lista de actividades que hace la Ley gallega en su artículo 95: sondeo, control arqueológico, estudio de arte rupestre o labores de protección, consolidación y restauración de bienes arqueológicos.
- Que dicha actividad haya sido autorizada por la Administración competente, estableciéndose en la misma autorización las condiciones para el ejercicio de ésta. De no requerirse previa autorización, no podría haber sanción por esta vía, y de haberse eludido aquélla, la sanción vendría por la vía que se va a exponer a continuación.
- Que el incumplimiento de los términos de la correspondiente autorización se deba a la actividad arqueológica y no a otros factores ajenos a ésta: Lo más común es que entre las condiciones establecidas en la autorización se encuentren ciertas obligaciones, algunas de ellas posteriores a la actividad arqueológica en sí, como pueden ser el depósito de los hallazgos en un lugar determinado, debiendo entenderse que el incumplimiento de éstas también se encuentra sancionado por esta vía.

Los casos más típicos que pueden llevar a la comisión de la infracción son el sobrepasar el límite espacial o temporal autorizado, además de, como resulta obvio, no cumplir alguna de las condiciones decretadas en la autorización. En relación con esto último, se aprecia que la técnica legislativa utilizada en las normas autonómicas es de lo más variada, optando algunas de ellas por tipificar como infracciones independientes entre sí distintos

³⁷ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 57-58.

incumplimientos de los términos de la autorización (a título de ejemplo, el art. 107 h) de la Ley de Asturias, que considera infracción leve la “dejación de funciones por parte de los directores de actividades arqueológicas”) y otras simplemente por considerar como una sola infracción a cualquier incumplimiento de la misma, aunque tipificando aparte algunas en concreto.

Como última nota relativa a este grupo de conductas infractoras y sus sanciones hay que destacar el papel fundamental que juegan las normas de rango reglamentario. No dejando de lado el principio de reserva de ley en materia sancionadora, absolutamente todas las Leyes de Patrimonio Histórico autonómicas se han remitido a Decretos para determinar las condiciones de las autorizaciones cuyo incumplimiento acarrearía una sanción en virtud de la Ley.

- Realización de actividades arqueológicas sin la preceptiva autorización

A diferencia de los casos en los que se sobrepasan los límites de una autorización para llevar a cabo actividades arqueológicas, es en los casos en los que directamente no se cuenta con ella cuando más se ponen en peligro los bienes arqueológicos; y esto ocurre, desde mi punto de vista, debido al hecho de que cuando ya ha habido una autorización, la Administración ha hecho aunque sea una labor mínima (ésta varía en función de los requisitos en cada normativa autonómica) de identificación del sujeto que dirigirá la actividad, además de una comprobación de que éste reúne unos requisitos formativos o de experiencia que, si bien no aseguran el buen desarrollo de las mismas, sí dan cierta seguridad de que, aunque éste se exceda de lo autorizado, éste realizará sus actividades con los conocimientos y la diligencia de un profesional. Sin embargo, quienes no cuentan con autorización serán en su mayoría quienes no reúnan esos requisitos formativos o profesionales mínimos, lo cual llevará indudablemente a un riesgo mucho mayor para los bienes arqueológicos.

La justificación de su existencia se puede encontrar también precisamente en el dominio público de estos bienes, pues es lógico que la Administración titular de los mismos cuente con mecanismos para garantizar su aprovechamiento y utilización, bien sea mediante autorizaciones, concesiones o licencias, de manera similar a como lo hacen otras normas como la Ley de Minas, la Ley de Costas o la Ley de Aguas. Lo que hace aquí la Administración es simplemente imponer unas condiciones, siempre de acuerdo con la Ley, que permita a estos bienes cumplir con el fin que es el que precisamente ha justificado su demanialización.

Los elementos esenciales de esta infracción son únicamente dos, por lo que su análisis es más simple que en el supuesto anterior:

- La realización de una actividad arqueológica: Este aspecto ya fue analizado al tratar el grupo de infracciones anterior, por lo que me remito a lo señalado ahí.
- Que esa actividad no se encuentre autorizada por la Administración competente.

No cabe duda respecto al segundo de ambos elementos, pues su concurrencia se puede corroborar simplemente mediante una comprobación de si figura una autorización al sujeto presuntamente infractor cuyo objeto sea esa actividad arqueológica por la que se le quiere imponer una sanción. Respecto al primero de los elementos sí cabe señalar alguna que otra confusión, pues la técnica remisiva de la Ley 16/1985 deja mucho que desear y complica la cuestión sobre el concepto de actividad arqueológica en este ámbito sancionador, como se acaba de señalar. Acudiendo al ya mencionado artículo 76.1f) podemos observar que éste considera como infracciones administrativas, salvo que sean consideradas delito “la realización de excavaciones arqueológicas u otras obras ilícitas a que se refiere el artículo 42.3” sin autorización. Hasta aquí no parece haber ningún problema, pero sí surge uno en el momento en que el art. 42.3, además de mencionar expresamente a las excavaciones, también habla de las prospecciones. Aunque este problema, considera Alegre Ávila, se puede solventar interpretando que al mencionar “obras ilícitas” también se estarían incluyendo estas actuaciones no autorizadas³⁸.

También considera Ana Yáñez que lo lógico es que se incluya a las prospecciones en el tipo de esta sanción, a pesar de la falta de mención en el art. 76.1f). No obstante, su argumentación es distinta. Y es que, según entiende ella, la propia definición que se da de prospecciones por el legislador en el artículo 41.2 como “exploraciones que no implican la remoción de terreno” hace que no sea posible considerarlo incluido en el concepto de obras de remoción de tierra o de demolición (art. 42.3). Sin embargo, sí que cabe la sanción por la realización de prospecciones no autorizadas por la “técnica de tipificación” que ha utilizado nuestro legislador nacional. Y es que una remisión ya implica por sí sola una falta de previsión

³⁸ ALEGRE ÁVILA, J. M. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 2 tomos. Edición Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos nº5, Madrid., 1994, p. 569.

total por parte de la norma que remite, por lo que habrá que estar a lo que mencione el precepto remitido, en este caso, el artículo 42.3. Y ese precepto considera ilícitas, al igual que las excavaciones, a las prospecciones, por lo que no cabe duda sobre el hecho de que las mismas también se encuentran sancionadas en virtud de los mismos preceptos.

Todas estas actividades son consideradas por la Ley 16/1985 como actividades arqueológicas, elemento que como ya hemos visto resulta necesario también para que pueda acabar imponiéndose una sanción. Ya hemos hablado también de que no sólo habrá que estar a las prospecciones y excavaciones para poder decir que nos encontramos ante una actividad arqueológica, pues las normativas autonómicas han ampliado (en algunos casos, excesivamente) el concepto. Ahora bien, lo que sí es necesario ahora, aunque sea sólo por mencionarlo, es deslindar los conceptos de excavación y prospección. Para ello, hace falta mencionar los apartados 1 y 2 del artículo 41 de la Ley, los cuales disponen:

1. “A los efectos de la presente Ley son excavaciones arqueológicas las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos 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”.
2. “Son prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior”.

Como se observa a simple vista, ambas definiciones no incorporan únicamente un elemento objetivo, definiendo cada uno de los conceptos por las acciones que los conforman, sino que, además, incorporan un elemento finalista o subjetivo en la definición.³⁹ Esto da a entender que deben darse ambos elementos simultáneamente, objetivo y subjetivo, para poder hablar de actividad arqueológica. No obstante, aunque no se diera el elemento subjetivo mencionado (algo que parece difícil que ocurra, pues quien realiza esta clase de actividades suele querer descubrir o investigar los restos arqueológicos que pueda encontrarse), quien realice excavaciones o prospecciones sin la preceptiva autorización, será sancionado, aunque sea por otra vía distinta.

³⁹ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Valencia, 2018, p. 65.

Podemos mencionar en este respecto el caso de quienes, equipados con instrumentos tales como detectores de metales, acuden a yacimientos intentando encontrar algún resto arqueológico. Para saber si la realización de esa actividad sin la preceptiva autorización podría ser constitutiva de la infracción que estamos ahora analizando, es decir, que se trate de una actividad arqueológica, habrá que ver si se dan los dos elementos esenciales señalados. En el primer caso no parece haber mucho problema, ya que no parece descabellado incluir estas actividades en la definición de “prospecciones” que da el legislador en el artículo 41.2. En lo relativo al elemento subjetivo, parece más difícil de apreciarse. Al final, lo más probable es que el sujeto no pueda ser sancionado por esta vía, teniendo en cuenta que, en la práctica, y a pesar de que sean personas con algún que otro conocimiento arqueológico, quienes llevan a cabo estas actividades no suelen cumplir ese elemento finalista del estudio y la investigación, sino que se dedican a expoliar estos yacimientos. Por tanto, podríamos pensar que el supuesto que mejor puede encajar en este tipo sería el caso del arqueólogo que se dedica a la prospección o extracción de bienes arqueológicos para más tarde investigarlos o estudiarlos, o, simplemente un aficionado a la Historia con ciertos conocimientos acerca del uso de estos instrumentos e intención de hallar algún resto arqueológico. Ejemplo de ello es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJE de Extremadura, de 15 de marzo de 2001, en la cual se resuelve el recurso interpuesto por un arqueólogo que había sido sancionado tras haber extraído de una necrópolis unos restos arqueológicos, los cuales estudió tras haberlos limpiado y tras ello, se lo comunicó a la directora de la anterior excavación.

Visto todo esto, da la sensación de que la conducta que la Ley busca sancionar es muy difícil, si no prácticamente imposible que tenga lugar. Y esto se debe a la técnica que la Ley utiliza a la hora de tipificar esta infracción, porque de haber buscado el legislador sancionar a quienes realizan actividades sin cumplir con los requisitos de las actividades arqueológicas, poco sentido tiene remitirse justamente a los preceptos en los que se señala en qué consisten éstas. Pero a pesar de esta mala técnica legislativa, no se han dado problemas en la aplicación de la norma, más allá de algún que otro caso en el que los funcionarios que tramitan los expedientes sancionadores tengan dudas al tener que probar los hechos⁴⁰.

⁴⁰ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 68.

Algunos podrían llegar a pensar incluso en la inconstitucionalidad de los mencionados preceptos de la Ley 16/1985, sosteniendo que no se cumplen los requisitos constitucionales que implican los principios de legalidad y seguridad jurídica. Pero esta postura es fácil de desmontar, pues si uno acude a la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, puede observar que el TC, reconociendo la abstracción en muchos casos de las normas por su complejidad o la dejadez del legislador, ha establecido como límite del respeto a lo dispuesto en el artículo 25 CE el conocido como principio de la razonabilidad. Y aplicando esta razonabilidad a los preceptos que estamos tratando ahora, podemos ver que sí se respeta: el legislador se limita a establecer la necesidad de una autorización para la realización de actividades arqueológicas y a sancionar la realización de las mismas sin aquélla, sin haber tenido en cuenta que la remisión que realiza puede llevar a confusión por los distintos elementos que conforman la definición de la actividad sancionada. La seguridad jurídica no se verá vulnerada desde el momento en que toda actuación arqueológica no autorizada será constitutiva de infracción, tal y como deja claro la LPHE.

Para finalizar con esto, cabe también decir que el principio de tipicidad se considerará respetado partiendo de que la remisión queda agotada y que los conceptos de “excavación” y “prospección” no son iguales en función de si son lícitas o ilícitas⁴¹. Todo esto conduce a un problema lingüístico y terminológico que produce un debate doctrinal en el que no vamos a entrar, pues no es objeto de este trabajo, pero sí considero oportuno mencionar que lo deseable sería que el legislador se diera cuenta de su deficiente redacción y optara por utilizar un término distinto para referirse a las “actividades arqueológicas ilícitas”, lo cual sin duda alguna solventaría en gran medida las dificultades interpretativas de estos preceptos.

En conclusión, y a pesar de todas las dificultades expuestas, lo que se puede decir sin ningún reparo es que esta infracción no lo es de resultado, sino de actividad, e independientemente de los daños que se hayan o no producido a los bienes arqueológicos, el mero hecho de realizar la actividad sin autorización es lo que aquí se sanciona, en ese afán del legislador de reducir los riesgos a los que se ven constantemente sometidos unos bienes tan frágiles como lo son los bienes arqueológicos.

⁴¹ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 70-71.

5.1.3. No comunicación del hallazgo de restos arqueológicos

Al tratarse los bienes arqueológicos de bienes de dominio público, parece lógico que los sujetos que encuentren o hallen éstos deban hacer saber a la Administración de ese hallazgo, bien mediante una mera comunicación o mediante su entrega material, pues será aquélla su titular y la encargada de protegerlos. Así, las distintas Leyes de Patrimonio Cultural han establecido la obligación de entregarlos a la Administración, aplicándose aquí los artículos 1.781 y siguientes del Código Civil, relativos al depósito necesario. De esta forma, la Ley 16/1985 y todas las Leyes autonómicas han tipificado como infracción el incumplimiento de este deber⁴².

En la LPHE esta obligación se consagra en el mismo artículo 44.1, justo después de declarar de dominio público los bienes arqueológicos, lo cual no hace sino mostrar la vinculación existente entre esta categoría jurídica y la obligación de comunicación. Tras acudir al tenor literal del artículo, se hace necesario remarcar una cuestión. Y es que el susodicho precepto dispone que “el descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales”. Observando lo ahí dispuesto se puede notar la existencia de dos plazos diferentes para comunicar a la Administración el descubrimiento de bienes arqueológicos. Así, se dispone lo siguiente:

1. De tratarse de un hallazgo casual, la obligación es inmediata. El descubridor deberá hacer saber a la Administración la existencia del bien hallado nada más descubrirlo, o, de no ser posible, mediando el menor lapso de tiempo. Para saber a qué se refiere el legislador al hablar de hallazgo casual, pues como también menciona, no son aquí aplicables los preceptos del Código Civil, me remito al artículo 43.1 LPHE.
2. De no ser casual el hallazgo, es decir, siendo buscado mediante el empleo de la metodología arqueológica, se da un plazo de tiempo determinado, más concretamente de 30 días.

Como en tantas otras materias, la forma de regular este deber por las distintas Leyes autonómicas es considerablemente distinta, por lo que surge ahora una cierta dificultad a la

⁴² YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 78 ss.

hora de su exposición. Para mayor claridad, se pueden separar en unos pocos grupos las distintas normas teniendo en cuenta el número de situaciones que prevén:

- En primer lugar, nos encontramos con el grupo mayoritario, que utiliza la técnica que siguen por norma general las Leyes autonómicas, la cual consiste en la distinción entre tres escenarios posibles: que el descubrimiento lo sea por azar, consecuencia de una actividad arqueológica, o por azar pero producido en el seno de una actividad arqueológica. Cabe decir que las Leyes aquí incluidas no siguen del todo la misma vía, y así encontramos por ejemplo a la Ley de Navarra, que distingue en función de si los restos que se encuentran son muebles o inmuebles, diferenciación que el resto de Leyes aquí incluidas no hacen. Se encuentran en este primer grupo las Leyes de Cataluña, Asturias y Castilla y León, entre otras.
- En segundo lugar, están las Leyes que, con una técnica considerablemente más deficiente, se inclinan simplemente por diferenciar los hallazgos producidos con ocasión de ciertas obras de los producidos por azar y relegando a otras normas de carácter reglamentario el régimen jurídico de los bienes encontrados. Es el caso de Cantabria, La Rioja o Baleares.
- Por último, están las Leyes de aquellas Autonomías que se han inclinado por otorgar un plazo único a todos los hallazgos casuales, excluyendo de éstos a los producidos en el ámbito de actividades arqueológicas. Precisamente por el hecho de no otorgar distintos plazos en los supuestos de hallazgos causales se trata ésta, al menos desde mi punto de vista, de la mejor forma de regular este deber, pues su mayor homogeneidad facilita el conocimiento de los plazos por quien se ve obligado a hacer la comunicación pertinente a la Administración.

Aparte de las diferencias que se acaban de exponer en relación con los plazos en las distintas Leyes autonómicas, no parecería a simple vista que haya más problemas en lo relativo a esta infracción. Pero desgraciadamente esto no es así, ya que desde el momento en que en muchos casos las Leyes establecen el otorgamiento de un premio a quienes hallen casualmente bienes arqueológicos, qué se entiende por hallazgo casual cobra de repente una importancia mucho mayor. Lo cierto es que, precisamente por razón del mencionado premio que corresponde a los halladores casuales, los legisladores autonómicos han intentado, además de interpretar restrictivamente el concepto de hallazgo casual, restringir por ley el derecho a premio en muchos supuestos, a pesar de seguir siendo considerados los hallazgos

fortuitos o casuales. Partiendo de todas estas consideraciones, no se deberían calificar como hallazgos casuales los siguientes supuestos⁴³:

1. Aquellos descubrimientos producidos en el seno de una actividad arqueológica: Y es que cuesta imaginarse que se hallen por mera casualidad bienes arqueológicos cuando precisamente se está llevando a cabo una actividad cuyo objetivo es encontrarlos. Bien es cierto que puede que se estén buscando unos bienes determinados, de cuya existencia se tienen ciertos indicios, y en esa búsqueda se termine dando con otros restos de los que no se tenía constancia. Pero esto no debe implicar que nos encontremos ante un supuesto de hallazgo casual, pues se debe partir de que, en las excavaciones, prospecciones o cualesquiera otras actividades consideradas como arqueológicas, siempre estará presente un cierto grado de incertidumbre acerca de lo que se va a encontrar, no llegándose en cantidad de ocasiones a encontrar nada. No parece lógico, por ende, admitir que se ha producido un hallazgo casual cuando se han utilizado técnicas y aparatos aptos para el descubrimiento de bienes arqueológicos, aunque se encuentren bienes distintos a los buscados en un primer momento.
2. Los producidos en lugares donde cabe esperarse la existencia de bienes arqueológicos, sin importar si se trata de lugares declarados formalmente como Zona Arqueológica, tal y como se define en el artículo 15.5 LPHE: A diferencia del caso anterior, no se parte de la presunción de que el descubrimiento es intencionado, sino que hay que tener en cuenta la previsibilidad. Con un ejemplo se entenderá mejor: imaginemos un solar que el plan urbanístico ha incluido dentro de una zona en la que hay sospechas de la existencia de yacimientos arqueológicos. La realización de obras en ese solar no se verá sometida a un régimen de autorizaciones y control tan restringido como si de una zona arqueológica se tratara, pero de realizarse éstas y encontrarse restos arqueológicos no se podría alegar que fueron casuales por el hallador, pues ya existían indicios de que en ese lugar podrían encontrarse restos arqueológicos. Cabe decir que, aunque no se consideren hallazgos casuales estos descubrimientos, el deber de comunicar a la Administración sigue vigente y su

⁴³ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 83.

incumplimiento llevará aparejada la correspondiente sanción. Ahora bien, la probabilidad de que se produzca esta infracción es mínima, pues lo normal es que previamente a la realización de obras en terrenos donde ya existen sospechas de lo mencionado se haya producido una intervención arqueológica o, mientras se ejecuta ésta, haya un seguimiento arqueológico de la misma.

Por último, nos encontramos con los hallazgos producidos por actividades ilícitas, que no se pueden considerar en la clasificación anterior por el hecho de que encajan en la definición legal de hallazgo causal. Si lo que ocurre es que se encuentran bienes arqueológicos como consecuencia de llevar a cabo actividades ilícitas que precisamente buscan esos bienes, entonces no debe haber reparo en decir, como en el caso anterior, que esas actividades nada tienen de casuales.

Respecto a la obligación de comunicar los hallazgos casuales de restos arqueológicos, de nuevo, encontramos diversidad en las regulaciones autonómicas, distinguiendo tres grupos⁴⁴:

- El primero es el de las Autonomías que han establecido como norma general la entrega a la Administración de los bienes, en atención a los riesgos que éstos corren en manos de los particulares, aunque excepcionalmente se exime de esto.
- El segundo ha optado por obligar al descubridor a dejar los bienes en el lugar donde éstos se descubrieron, también salvo ciertas excepciones. En este caso lo que pretende evitarse es una apropiación por parte de los descubridores. En mi opinión, esta forma de regulación podría justificarse también en la voluntad del legislador de evitar que los bienes encontrados se expongan a más peligros durante su transporte para ser depositados en otro lugar.
- Por último, algunas Comunidades se limitan a simplemente referirse a la entrega, pero sin especificar si los bienes deben ser entregados o mantenerse en el lugar en que se encontraron, como Aragón o Galicia.

⁴⁴ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 88.

Genera más problemas dilucidar hasta qué punto se encuentra sancionada la no entrega de los bienes a la Administración, ya que, en algunas Leyes, más en concreto en las de Asturias, La Rioja y Castilla y León no queda del todo delimitada esta cuestión. Y es que no han dejado claro si el deber de comunicación incluye o no también a la entrega. Acudiendo a la Ley asturiana, se observa que a pesar de que su artículo 108 califique como infracción grave “el incumplimiento de la obligación de comunicar los descubrimientos casuales de restos o bienes que formen parte del patrimonio arqueológico asturiano”, a lo largo del texto de la norma se establece un mismo plazo de cuarenta y ocho horas para la entrega de los bienes. El hecho de que la norma hable de cosas distintas se puede salvar interpretando que el mencionado artículo 108 se está refiriendo a ambos deberes en realidad, que es una mención genérica que incluye a ambos⁴⁵.

En los otros dos casos mencionados (las Leyes de La Rioja y Castilla y León), ocurre más bien lo opuesto, disponiéndose en ambas normas que, como norma general, los bienes se mantendrán donde se encontraron y únicamente en casos excepcionales se moverán de aquel sitio, como en casos de peligro de desaparición o expolio (art. 61.4 Ley de Patrimonio, Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja) o que esto sea “indispensable para evitar su pérdida o destrucción”(artículo 60.5 de la Ley de Patrimonio Cultural de Castilla y León). Como ambas leyes hacen referencia en la tipificación de estos deberes tanto a la comunicación como a la entrega, debe interpretarse que la entrega a la que más tarde se refieren es precisamente la de los casos excepcionales que se acaban de mencionar.

Por tanto, no cabría en aplicación de estas normas sanción a quien no entrega los bienes, sólo estando obligado el hallador a comunicar su hallazgo a la Administración, pues tal y como se tipifica el deber, su exigibilidad depende de que se den las mencionadas circunstancias extraordinarias. Lo que sí cabrá en todo caso será una sanción a quien no comunique el hallazgo casual, pues se trata de un deber ordinario que se da siempre que se encuentre casualmente un bien arqueológico.

⁴⁵ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 89.

5.1.4. Obras ilícitas que afectan a bienes arqueológicos

Entramos ahora en el análisis del último grupo de conductas constitutivas de infracción en relación con el Patrimonio Arqueológico; conductas que quizás sean las que más daño han causado y siguen causando a estos bienes, pues están íntimamente ligadas con el desarrollo urbano y la construcción de infraestructuras para las que son necesarias obras que conllevan la necesidad de remover gran cantidad de tierra y utilizar maquinarias que poco respeto tienen por aquello que se puede encontrar bajo tierra. Y es que la actividad urbanística se realiza fundamentalmente en el suelo, lugar donde también se hallan la mayor parte de los restos arqueológicos.

Por todas las implicaciones que vamos a ver a continuación, y tras conocer, aunque sea superficialmente, la normativa urbanística, va a quedar constatado el más que conocido rechazo que sienten todos los operadores urbanísticos hacia la normativa de protección del Patrimonio Arqueológico, que entra en aplicación principalmente cuando se sospecha o se confirma la presencia de restos arqueológicos en los lugares donde se quieren ejecutar obras. Consecuencia de esto es que tanto la legislación sobre Patrimonio Histórico en general y la legislación urbanística hayan tenido que adaptarse recíprocamente, lo que no ha servido, desgraciadamente, para evitar que sigan existiendo contradicciones en algunos casos.

Ante esta situación, algunos han ideado formas de que el desarrollo urbanístico y la protección de los bienes del Patrimonio Histórico puedan coexistir de forma más pacífica que la situación creada por la regulación actual, proponiéndose por ejemplo el uso de la arqueología preventiva, estrechamente relacionada con el planeamiento del territorio.

Tal y como señala Núñez Sánchez ha destacado la doctrina “que el protagonismo en cuanto a amenaza al Patrimonio Arqueológico ha dejado de ser de titularidad exclusiva de las excavaciones clandestinas para pasar a ser compartido con los grandes proyectos de construcción”.⁴⁶ O, dicho con otras palabras, se ha observado cómo no sólo son las actividades ilegales las que ponen en peligro estos bienes, sino que también proyectos urbanísticos aprobados conforme a la ley.

⁴⁶ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 93.

En lo que se refiere a la tipificación y regulación de esta infracción, y debido a su relevancia en la práctica, es necesario tratar los deberes que tienen los operadores urbanísticos en relación con el Patrimonio Arqueológico, distinguiendo éstos partiendo de dos situaciones posibles: que se tenga conocimiento o al menos sospecha de la existencia de restos arqueológicos en ese lugar o que su presencia sea totalmente desconocida. Lo cierto es que, aunque no se tenga constancia de la presencia de restos arqueológicos allí donde se quieren hacer obras, es una posibilidad que está ahí, por lo que debería tenerse siempre en cuenta o bien durante el proceso de otorgamiento de las licencias correspondientes o durante la ejecución de las obras. Es aquí donde jugaría un papel primordial la ya mencionada arqueología preventiva. Por esta razón, la Administración se encuentra facultada para la intervención en el caso de que se acaben por hallar casualmente bienes arqueológicos, aunque no hubiera habido ningún dato o indicio que lo hubiera hecho previsible.

Tras haber expuesto esto, es ahora momento de tratar las dos situaciones posibles que figuran en las distintas Leyes de Patrimonio Histórico⁴⁷:

- Cuando se tiene constancia de la presencia de bienes arqueológicos, o al menos se presume que puede haberlos, se someterá la actuación a autorización por parte de la Administración competente. No debe confundirse esta autorización con la licencia necesaria para poder llevar a cabo las obras, que será independiente de que pueda o no haber restos arqueológicos en el terreno. A diferencia de otras autorizaciones, que se otorgan automáticamente por el hecho de solicitarlas, en este caso será necesario que el responsable de la intervención u obra demuestre que con ella no se van a ver afectados los bienes arqueológicos que pueda haber. Tanto en la normativa estatal como en las autonómicas se han tipificado como infracciones el incumplimiento de estos deberes. Así, siendo únicamente exigibles estos deberes en los supuestos mencionados, si lo que se busca es evitar que estos incumplimientos se produzcan, lo que se tendrá que hacer por parte de la Administración será realizar esas actividades ya mencionadas que permitan presumir si en una zona determinada pueden existir restos arqueológicos. Como ejemplo de esto podemos mencionar el artículo 76.1.e) de la Ley 16/1985, el cual hace una remisión a una serie de artículos, en los cuales se

⁴⁷ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 95 ss.

establecen los requisitos con los que tienen que contar ciertas obras. No voy a entrar en este caso a detallar la tipificación y regulación de esta infracción en las legislaciones autonómicas por falta de tiempo, pero sí que se puede decir que las actividades necesitadas de sometimiento a autorización varían en cada una de ellas, al igual que la gravedad de las sanciones.

Esta medida sancionadora se complementa en multitud de ocasiones con otra de carácter no sancionador, que es la potestad ya mencionada de la Administración de intervenir en aquellos casos en los que se conoce o al menos se presume la existencia de restos arqueológicos. De nuevo, tanto las Comunidades como el Estado (art. 22.1 LPHE) han configurado la posibilidad de la Administración de ordenar que se realicen intervenciones de diversa índole en los bienes del Patrimonio Arqueológico.

- El segundo de los supuestos se da cuando no es previsible la presencia de restos arqueológicos. En estos casos, de terminarse por encontrar bienes arqueológicos, también se prevén ciertas medidas por parte de la Administración para paralizar las obras. Así, de hallarse casualmente un bien arqueológico en el desarrollo de unas obras, el sujeto que los encuentre no sólo deberá comunicar a la Administración su hallazgo, como ya hemos visto, sino que también estará obligado a interrumpir *ipso facto* la intervención de que se trate. El incumplimiento de alguno de estos deberes constituirá una infracción, pero a pesar del estrecho vínculo entre ambos y que lo más lógico es que quien incumple uno de ellos también incumpla el otro, se debe tener en cuenta que se trata de dos deberes con sustantividad propia y es perfectamente posible ser sancionado por incumplir sólo uno de ellos, aunque no sea lo normal. Cabe resaltar que la inmensa mayoría de las Leyes autonómicas han tratado el deber de paralizar las obras de forma expresa, pero no es el caso de las de Madrid, Andalucía y Castilla-La Mancha, en las cuales se puede entender incluido en otros tipos dependiendo de si se han producido daños a los bienes arqueológicos o si se han dado órdenes de paralización de las obras por la Administración. En las que sí tienen tipificada esta infracción expresamente, se ha hecho de forma parecida, aunque existan ciertos matices que las diferencien.

Merece la pena mencionar algún ejemplo jurisprudencial en el que se haya impuesto una sanción a quien incumplió este deber. Un ejemplo relativamente reciente de ello lo constituye la Sentencia de 21 de junio de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJG, en la cual se resuelve un caso en que se descubren restos de cerámica romana durante la

ejecución de unas obras para plantar un viñedo. Ante esto, las obras son suspendidas por la Administración, pero el sujeto lo incumple reiteradamente y sigue con ellas. Como infracción del deber de paralización de las obras, la Administración lo sanciona con una multa de 120.000 euros, manteniendo la sanción el TSJG.

5.2. Sujetos intervinientes en las actuaciones ilícitas contra el Patrimonio Arqueológico y su culpabilidad

Como el presente trabajo no tiene por objeto un análisis del derecho sancionador, no vamos a tratar en este capítulo los aspectos referidos a la culpabilidad, ni su regulación legal, ni las consideraciones doctrinales o jurisprudenciales sobre éste. En su lugar, vamos a tratar de referirnos de forma somera a las características específicas de este principio de culpabilidad exclusivamente en el ámbito de protección del Patrimonio Arqueológico, pues se dan problemas exclusivos a las cuatro infracciones que ya hemos anteriormente analizado. Y es que las características propias de los bienes arqueológicos conllevarán una serie de consideraciones específicas en todo lo referido a la culpabilidad, aunque alguna de éstas puedan también hacerse extensibles a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico en general.

5.2.1. El principio de culpabilidad en las infracciones sobre los bienes arqueológicos⁴⁸

Las Leyes de Patrimonio Histórico han realizado, por lo general, una exhaustiva labor de identificación y delimitación de los sujetos responsables de las infracciones sobre los bienes históricos (incluyendo por tanto a los arqueológicos), mostrándose todo ello en numerosas resoluciones jurisprudenciales que han llegado incluso a hacer responsable en algunos casos a la misma Administración.

Ahora bien, en lo que a la culpabilidad como elemento subjetivo de la infracción se refiere, ni la LPHE ni las Leyes autonómicas cuentan con una disposición que declare de forma general la culpabilidad exigida para que un sujeto pueda llegar a ser sancionado en este concreto ámbito del derecho administrativo sancionador, sino que se han ceñido a

⁴⁸ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 111.

únicamente establecer delimitaciones en casos concretos, no solucionando la cuestión que intentamos resolver en estos momentos. Para intentar dilucidar un poco más esto se hace necesario acudir a la jurisprudencia constitucional en materia sancionadora (SSTC 76/1990, de 26 de abril y 181/2014, de 6 de noviembre), estableciendo ésta que el hecho de no haberse regulado expresamente el principio de culpabilidad en un ámbito específico no quiere decir que no sea de aplicación y pueda entenderse la existencia de una responsabilidad objetiva.

La jurisprudencia consagrada por el TC no se corresponde, desgraciadamente, con lo que figura en muchas Leyes autonómicas, y esta situación puede encontrar su explicación en las dificultades que trae consigo el traslado del principio de culpabilidad del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. Lo que entienden hoy por hoy los tribunales españoles, es que, incluso en este ámbito del Derecho administrativo, también es exigible un grado de culpabilidad, por ínfimo que sea, no cabiendo de ninguna forma sanción si en el caso concreto media únicamente una responsabilidad objetiva⁴⁹. Esto lo ha dejado claro el TC en su Sentencia 76/1990, en la que dispone que “carece de sentido pensar en una «objetividad de las infracciones» hasta el punto de que puedan producirse sanciones por hechos casuales y ajenos a toda diligencia exigible”.

Otra cuestión que no pasa inadvertida es la mención expresa en algunas leyes de este principio de culpabilidad solamente para ciertos sujetos, guardando silencio respecto a los demás⁵⁰. Ejemplo paradigmático de ello es la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, en cuyo artículo 111 se declara como responsables de las infracciones, en primer lugar, a “quienes sean autores materiales y, en su caso, las entidades o empresas de quienes dependan”, para quienes nada dice acerca del grado de culpabilidad necesario para que un sujeto pueda llegar a ser tenido como responsable de una infracción. Pero lo que llama la atención es que, en el apartado 2 del mismo artículo se señale también como responsables a “las personas técnicas o profesionales autoras de proyectos, que ejerzan la dirección de obras o sean responsables de actuaciones que contribuyan dolosa o culposamente a la comisión de la infracción”. Si no tuviéramos en cuenta la necesidad ya señalada de que en el ámbito del derecho administrativo sancionador esté presente siempre un cierto grado de culpabilidad, la

⁴⁹ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 112.

⁵⁰ YÁÑEZ VEGA, A., op. cit., p. 114.

interpretación lógica sería la que llevara a entender que en el primer supuesto la ausencia de mención a la culpabilidad conlleva estar ante una responsabilidad objetiva. Pero como eso no es posible en virtud de lo ya expuesto, el hecho de mencionar la culpabilidad en el siguiente apartado al hablar de otros sujetos responsables no hace sino denotar la deficiente técnica legislativa del legislador autonómico.

El caso andaluz no se trata, sin embargo, del único supuesto en que esto ocurre, sino que son varias las normas autonómicas cuya regulación de los sujetos responsables se orienta de forma similar (a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, el art. 43.1 de la Ley de Madrid y el art. 110.1 de la Ley de Aragón). Como solución a la confusión a la que indudablemente lleva este tipo de regulación, propone Ana Yáñez modificar los textos legislativos añadiendo una disposición con carácter general con el fin de evitar dudas o carencias de forma generalizada y añadir concreciones únicamente en los casos que, por su especialidad, así lo requieran⁵¹.

En lo que al grado de intencionalidad requerido para poder hacer a alguien responsable se refiere, y tratando ahora sí específicamente las infracciones sobre bienes arqueológicos, parece claro teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, que el principio de culpabilidad no se entenderá de la misma forma en todos los casos, pudiendo diferenciarse de la siguiente manera⁵²:

1. En el ámbito de las infracciones relativas a la realización de actividades arqueológicas sin la preceptiva autorización o en incumplimiento de sus términos, se pueden distinguir dos situaciones:
 - 1.1. En primer lugar, están los supuestos en que los infractores son o bien los sujetos autorizados o aquellos que deberían solicitar la autorización. En estos supuestos, y partiendo de que los sujetos que realizan estas actividades arqueológicas deben conocer, debido a su profesionalidad, las normas aplicables a las actividades que llevan a cabo, parece razonable afirmar que únicamente es necesaria la presencia de una culpa levísima para poder hacer

⁵¹ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 115.

⁵² YÁÑEZ VEGA, A., op. cit., pp. 116-120.

al sujeto responsable. Además de esto, las normas reglamentarias que rigen las autorizaciones son en su mayor parte bastante descriptivas en su regulación de los deberes que tendrán que asumir los titulares de tal autorización. En la práctica se ha ido entendiendo que el elemento subjetivo está presente con el simple hecho de no solicitar la autorización, implicando esta falta de solicitud ya una negligencia.

- 1.2. En segundo lugar, encontramos las infracciones relativas a actividades que, al menos en principio, todo el mundo puede cometer. Partiendo de que los sujetos infractores podrán ser personas sin ningún conocimiento relativo a la metodología arqueológica, la exigencia de culpabilidad no será, o al menos, no debería ser tan grande como en los casos que se acaban de mencionar. Ésta es una forma de verlo, pero también creo conveniente destacar que no toda la doctrina opina de la misma manera, pues al igual que esta postura es defendible apoyándose en criterios de proporcionalidad, habrá quienes se pregunten si aquel individuo equipado con un detector de metales que acude a un yacimiento con el fin de encontrar algún resto arqueológico está siendo negligente por el mero hecho de no haber comprobado que esa actividad requería de una autorización, siendo posible por tanto la sanción con esa culpa levísima.
2. En lo referido a la no comunicación del hallazgo de restos arqueológicos, debe hacerse de nuevo una separación teniendo en cuenta a los sujetos a quienes se les imputa este incumplimiento: de tratarse de un arqueólogo, la exigencia de responsabilidad se asimilará a la expuesta en el caso anterior, es decir, podrá ser sancionado mediando únicamente una culpa levísima. Pero en el caso de tratarse de alguien sin los conocimientos o la formación suficiente, esto no sería posible. Y es que en muchos casos la gran mayoría de la población no será siquiera consciente de que lo que se acaba de encontrar se trata de un bien con valor cultural o siquiera económico. Por tanto, y siempre que se trate de supuestos de hallazgo casual, la única diligencia que le será exigible será la propia de un conocimiento normal.

Esto podrá ocurrir en los supuestos en que el hallador sea totalmente desconocedor de la legislación en esta materia, porque, de conocer al menos la existencia de un premio en metálico para los halladores casuales de bienes arqueológicos, aun sin conocer si el bien que ha encontrado o no lo es, lo más lógico será que lo ponga en

conocimiento de la Administración con la esperanza de conseguirlo. Así, en estos casos la infracción, aun siendo posible que se dé, se producirá lógicamente con menor frecuencia.

3. Respecto a la realización de obras sin el permiso correspondiente de la Administración cultural, deberán distinguirse de la misma forma que en el supuesto anterior los grados de responsabilidad en función de si quien realiza la actividad constitutiva de infracción es un profesional o no.
4. Y, por último, se encuentra el incumplimiento del deber de conservación. En estos casos, habrá que acudir al caso concreto, pues no será igual la responsabilidad exigible a quien tenía previo conocimiento de que en su terreno yacían restos arqueológicos que a quien no tuvo forma de saberlo hasta que fue demasiado tarde.

Para terminar con este apartado referido al principio de culpabilidad en las infracciones sobre el Patrimonio Arqueológico, estimo necesario mencionar, aunque sea someramente, un ejemplo jurisprudencial del TS: en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de julio de 1989 se resuelve el caso relativo a una sociedad mercantil que había sido sancionada con multa por incumplimiento de las prescripciones dadas por la Comisión Local de Patrimonio para realizar unas catas arqueológicas⁵³. Las obras fueron entonces paralizadas por incumplir esas directrices y la licencia municipal, pues ésta se había concedido condicionada a la autorización de la Comisión de Patrimonio. Ante esto, la sociedad alegó que había incurrido en error al pensar que se encontraba amparada por la autorización de la Administración local. La sentencia de instancia estimó la pretensión de la sociedad y, aplicando la figura del error del ya derogado artículo 6 bis a) CP, dejó sin efecto la sanción al anular la resolución administrativa. El TS no comparte esta postura, y resuelve en este supuesto que, si bien hubo error, éste fue vencible, pues de la licencia ya se desprendía que algo así podría llegar a pasar, manteniendo la sanción, pero reduciendo su cuantía.

Lo que sorprende de esta STS es la apreciación del error no en un particular o un sujeto que no se dedica con asiduidad a tareas de construcción, sino en una sociedad mercantil, cuya

⁵³ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 121.

actividad se centra precisamente en la realización de obras, y de la que se espera que conozca bien las consecuencias de sus conductas potencialmente infractoras.

5.2.2. Sujetos responsables

Tras exponer el grado de culpabilidad exigido para poder imponer sanciones a quienes actúan dañando o poniendo en peligro el Patrimonio Arqueológico, resta dilucidar quiénes podrán ser sujetos responsables de esas infracciones.

Partiendo de la definición de sujeto responsable de una infracción administrativa como el sujeto que realiza la acción típica en que ésta consiste, la inmensa mayoría de las Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico han buscado tipificar de manera sistemática a estos sujetos, intentando no dejar lagunas que puedan conducir a dudas a la hora de aplicar la normativa sancionadora⁵⁴. En su regulación, éstas han optado por tipificar a los responsables en lo referido a los bienes históricos en general, dejando poco espacio para las peculiaridades de los bienes arqueológicos. No se debe olvidar que en lo no regulado por ellas será de aplicación, de forma subsidiaria, lo dispuesto en la Ley 40/2015.

Respecto a las Leyes que sí han tipificado a los sujetos responsables en mayor o menor medida, algunas de ellas han optado por mencionar de forma expresa a las personas jurídicas como responsables (Galicia, Navarra o Baleares), mientras que otras, como las de Valencia, Cataluña o Madrid simplemente mencionan a sujetos como constructores, promotores o directores de obra, quienes, en la práctica totalidad de los casos, serán personas jurídicas, por lo que tampoco constituye ningún problema. Acudiendo a esa normativa autonómica, se puede hacer una enumeración de los sujetos responsables en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁵:

1. *Autores materiales, cómplices, encubridores e inductores de la infracción*: Como es lógico, los autores materiales serán tenidos como responsables en todas las normas

⁵⁴ YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 133.

⁵⁵ YÁÑEZ VEGA, A., op. cit., pp. 137-151.

autonómicas; pero en lo que respecta a los cómplices y encubridores, sólo figuran en las Leyes de Navarra y Cantabria, y los inductores en la de Madrid.

2. *Entidades o empresas de las que sean dependientes los autores materiales:* Nos encontramos aquí ante supuestos de culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Así, si se llegan a cometer infracciones por parte de estos sujetos ya mencionados, sin ser supervisados por las entidades de las que dependen, deberán responder estas últimas. Así, su responsabilidad no se desprende del atentado contra el Patrimonio Histórico, sino del incumplimiento de su deber de cuidado.
3. *Propietarios, poseedores o titulares de derechos reales sobre los bienes sobre los que recae la actividad constitutiva de infracción:* Únicamente serán tenidos como responsables en los casos en los que lo hayan consentido y no hayan tomado las medidas necesarias para evitar el daño a los bienes históricos. A simple vista queda claro que, en el caso de los bienes arqueológicos, al ser de dominio público, nunca podrá ser un particular sancionado como propietario.
4. *Técnicos y profesionales autores de proyectos de obras que conlleven el deterioro o la destrucción del Patrimonio Histórico:* Esta regulación se encuentra en las Leyes de Navarra o Andalucía, y lo que está haciendo no es otra cosa que extender la responsabilidad más allá de quienes realizan las actividades consideradas ilícitas, llegando a considerar responsables a quienes han organizado o planificado la actividad dañina.
5. *Directores o promotores de obras realizadas sin autorización o en incumplimiento de las condiciones de ésta:* Relacionando esto con el tema ya tratado de la culpabilidad, es lógico que muchas normas autonómicas consideren a estos sujetos responsables, pues como técnicos que son, no habría problema en considerarlos responsables en caso de que se aprecie negligencia en su actuación.
6. *Directores de obra, técnicos, constructores y promotores, respecto al incumplimiento las órdenes de suspensión:* Lo que se busca con esto es paliar un problema demasiado común, que es la producción de daños a los bienes históricos por no obedecer las órdenes de suspensión o paralización de las obras dadas por la Administración competente. Serán estos sujetos responsables en tanto en cuanto son ellos quienes deberán hacer todo lo posible para que las obras se desarrollen correctamente, incluyéndose aquí el cumplimiento de las órdenes de suspensión.

7. *Responsables de la emisión de aprobaciones, autorizaciones y licencias:* En la medida en que lo hagan sin respetar los requisitos o procedimientos legalmente establecidos. También se incluirá aquí a los técnicos que emitan informes favorables sobre los proyectos que impliquen deterioros al Patrimonio Histórico, pero en este último caso sólo si su contenido es manifiestamente constitutivo de infracción conforme a lo establecido por la norma. Esta previsión en algunas Leyes implica que, en ciertos casos, miembros de la Administración puedan llegar a ser sancionados como infractores.
8. *Autoridades públicas o empleados públicos que permitan la comisión de infracciones o la encubran:* De manera similar al supuesto anterior, aquí se está previendo la sanción a miembros de la Administración, pero, a diferencia de éste, esta previsión hace que sea más fácil encontrar a un responsable en los casos en que nada queda registrado en documentos oficiales como lo puede ser una autorización, sino que la Administración se limita a no intervenir hasta que ya es demasiado tarde y se han producido daños a los bienes arqueológicos.
9. *Quiénes resultan beneficiados del incumplimiento de las obligaciones legales, siendo conscientes de que éstas se están produciendo:* Se trata ésta de una previsión que figura apenas en una minoría de Leyes autonómicas, y lo cierto es que no cuenta con una regulación muy clara por varios motivos: en primer lugar, porque se está aquí buscando la sanción de quienes nada hacen, que responderán como consecuencia de incumplimientos de otros sujetos que, además, en muchos casos ni siquiera constituyen infracciones sancionadas. Por ejemplo, por razón de revocación de una autorización, no tiene por qué sancionarse al sujeto que se ha excedido de los límites de ésta, pero según esta regulación, sí se podría sancionar a quien han obtenido un beneficio por esa actividad. En segundo lugar, porque parece complicado, cuando menos, encontrar el grado de culpabilidad exigible a estos sujetos para poder considerarlos responsables. Y es que, ¿qué se puede alegar para responsabilizar a alguien por actos de otro, si a su vez esos actos ni siquiera son objeto de sanción? Esta regulación dista de ser la adecuada para la protección del Patrimonio Arqueológico, pues no sólo no sanciona a quienes dañan o ponen en peligro a estos bienes, sino que se excede en su afán sancionador, considerando infractores a sujetos que nada tienen que ver con las actuaciones verdaderamente constitutivas de infracción.

Con esto terminan los apartados de este trabajo dedicados al régimen sancionador ante infracciones contra el Patrimonio Arqueológico, restando tratar ahora el último apartado en materia de protección de los bienes arqueológicos, consistente en un conjunto de otras medidas utilizadas de forma paralela a las sanciones para evitar la puesta en peligro de estos bienes, centrándonos en la normativa relativa a las autorizaciones para la utilización de detectores de metales y normas de descubrimiento del tesoro.

5.3. . Delitos sobre el Patrimonio Histórico

Debido a que la mera imposición de sanciones administrativas a quienes pongan en peligro el PHE puede resultar insuficiente para garantizar una protección adecuada de los bienes en él integrados, el legislador penal ha tipificado una serie de delitos sobre el Patrimonio Histórico, los cuales figuran entre los artículos 321 y 324 CP. Además, habrá que estar a lo dispuesto en la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Esta regulación es algo deficiente, principalmente por el hecho de que no se muestra en ninguno de los preceptos mencionados a las excavaciones como una figura autónoma, a pesar de que se trata de una de las actividades que más ponen en peligro el Patrimonio Histórico en general, especialmente el Arqueológico⁵⁶.

Por lo que a los delitos tipificados respecta, son todos delitos comunes a excepción del que figura en el art. 322 CP. En este precepto castiga a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos”. Se trata de un delito cualificado, pues será a las autoridades competentes a quienes corresponderá la realización de los informes que ahí se mencionan. La pena impuesta a quienes cometan este delito será de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, además de la pena que figura en el art. 404 CP, para el delito de prevaricación, la cual es la inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

Los delitos de los artículos 321, 323 y 324 son delitos de resultado, pues castigan la producción de daños en los bienes integrantes del PHE. Así, se observa que la protección

⁵⁶ RUFINO RUS, J., *La protección del patrimonio arqueológico en el Código Penal. Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales*, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, 2012, p. 58.

del PHE por la vía penal se encuentra orientada al castigo a los sujetos responsables de la producción de daños, no habiéndose preocupado el legislador por tipificar delitos de simple actividad, cosa que lo diferencia de la normativa administrativa sancionadora que ya hemos analizado.

Respecto al delito de contrabando, es en el artículo 2.2 a) donde se menciona a los bienes del PHE. Se considerará, según este precepto, que la exportación o expedición de estos bienes quedará subsumida en el tipo del delito siempre que ésta se haga sin la autorización preceptiva correspondiente, habiéndola obtenido mediante una solicitud con datos falsos relativos a la naturaleza o el destino de los bienes, o mediante cualquier otro medio ilícito, siempre que el valor de las mercancías sea superior o igual a 50.000 euros.

En definitiva, la existencia de estos delitos es una garantía de protección mayor a los bienes del PHE, y, por ende, los arqueológicos. A pesar de esto, es criticable que la tipificación de las conductas delictivas en el CP no siga una sistemática como la que figura en las distintas leyes de Patrimonio Histórico. Lo deseable había sido una regulación paralela, que no sólo hubiera atribuido al Derecho penal el castigo de las conductas más dañinas para el PHE, sino que otorgara una protección mayor tipificando como delictivas conductas que, sin llegar a producir ningún daño, sean objetivamente peligrosas para estos bienes.

5.4. Otras medidas

5.4.1. Normas de descubrimiento del tesoro

Partiendo del mismo título de este trabajo, “El Dominio Público Arqueológico”, y tras haberlo repetido en innumerables ocasiones, no puede haber duda alguna a estas alturas de que los bienes arqueológicos no pueden ser de titularidad privada. Por ello, parece no sólo correcto, sino lógico, que en el mismo precepto en el que se declara este dominio público (art. 44 LPHE) se señale que no será “en ningún caso de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil”. En tal precepto no se hace otra cosa que establecer la titularidad de los bienes ocultos que se encuentren, otorgándosela a quien fuera propietario del terreno donde éstos se hallen. Ahora bien, dado que los restos arqueológicos también pueden aparecer en fincas de titularidad privada, seguramente con la finalidad de

que éstos afloren, las diferentes leyes de Patrimonio Histórico han reconocido el derecho a un premio en estos supuestos de hallazgos casuales.

En la LPHE lo encontramos en el apartado 3 del mismo artículo, reconociéndose al propietario del terreno y al descubridor una cantidad en metálico equivalente a la mitad del valor del bien tras haber sido tasado legalmente. Para evitar el problema que seguro surgiría en caso de haber varios descubridores o copropietarios del terreno, el precepto continúa estableciendo la misma proporción entre cada uno de ellos. En los mismos términos se pronuncia la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía (art. 50.5), la de Aragón (art. 69.3) o Madrid (art. 31.4), por poner algunos ejemplos. Lo que muestra esto es que las Leyes autonómicas, en su mayoría, se han limitado a seguir exactamente el mismo criterio ya establecido en la Ley nacional.

Sí que se observa una particularidad en el caso de la Ley de Andalucía, pues, además de lo ya mencionado, añade que será de aplicación a estos supuestos lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley Expropiación Forzosa, referido al justiprecio. Remisión ésta que, a pesar de parecer injustificada sí tiene su razón de ser. Y es que cuando se refiere a la expropiación no lo hace con intención compensar al particular por la expropiación del bien arqueológico de que se trate, lo cual comportaría el reconocimiento de una propiedad privada anterior sobre ese bien. A lo que se refiere el legislador autonómico es, sin embargo, a la compensación por la expropiación de la tierra necesaria para proteger el bien o por la pérdida de utilidad de aquélla. Pensemos en el caso de un agricultor titular de unas tierras en las que se descubre un resto arqueológico. Parte de las mismas ya no podrá ser utilizada para arar o cultivar, por lo que la previsión de la Ley andaluza tiene bastante sentido.

También particular es el caso de la Ley de Patrimonio Histórico de Galicia, en cuyo artículo 99.4 se enuncian los supuestos en los que no se generará este derecho a premio, incluyéndose los considerados inmuebles, subacuáticos o los encontrados en zonas arqueológicas. En otras autonomías se ha optado por remitirse a la normativa estatal, en vez de copiarla tal cual o establecer un régimen distinto. En definitiva, se observa la tendencia de la mayor parte de las Leyes autonómicas a seguir el criterio impuesto por la Ley 16/1985, aunque la técnica utilizada por cada una sea distinta y en algunos casos como los mencionados haya algún tipo de especialidad.

El concepto de hallazgo casual queda definido en el artículo 41.3 LPHE, entendiendo como tales “los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores

que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole”. Los términos de este precepto son lo suficientemente claros como para poder afirmar que únicamente incluye los descubrimientos fruto del azar, excluyéndose por tanto todos los descubrimientos en los que haya mediado una intencionalidad⁵⁷. Como ejemplo aclaratorio podemos poner la STS de 28 de junio de 2004 (recurso n.º 3318/1999), en la cual se resolvió que el hallazgo del conocido como Tercer Bronce de Botorrita no había sido casual, pues se había producido en el seno de una actuación arqueológica que además había sido previamente autorizada por la Administración. Tal y como se señala en la Sentencia, concretamente en su Fundamento de Derecho nº4, “la remoción de tierra efectuada tenía por fin descubrir e investigar restos históricos o paleontológicos, lo que excluye el carácter casual del hallazgo”. De esta forma, ni el hallador ni el titular del terreno tendrán derecho a un premio. En el sentido opuesto, se ha reconocido en varias ocasiones el derecho a tal premio en los casos en los que los descubrimientos no se produzcan en el ámbito de actuaciones arqueológicas, principalmente en el contexto de obras privadas (STS 8 de julio de 2008, recurso n.º 2609/2005).

Con estos dos ejemplos parece quedar clara la orientación de nuestra jurisprudencia mayor en lo referido a los hallazgos casuales. Pero, y en parte anticipando lo que se va a tratar en el siguiente apartado en lo relativo a las normas de utilización de aparatos detectores de metales, es necesario plantearse si el descubrimiento de bienes arqueológicos mediante el uso de estos instrumentos o similares podrá considerarse o no casual. Y es que, en virtud de lo señalado en los preceptos mencionados y en la jurisprudencia, nada nos permite dar una respuesta a esta pregunta.⁵⁸

Lo cierto es que, como ha señalado el TS en alguna sentencia (véase la STS de 10 abril de 1991), la búsqueda de bienes arqueológicos con ayuda de detectores de metales en una zona en la que se tiene constancia de la presencia de restos arqueológicos constituye una actuación fraudulenta, no produciéndose en esos casos un hallazgo verdaderamente casual y, por consiguiente, no reconociéndose el derecho al abono del premio. Parece un criterio más

⁵⁷ BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016, p. 423.

⁵⁸ BARCELONA LLOP, J., op. cit., p. 424.

que razonable, pues poco tiene de aleatorio un descubrimiento que se produce gracias al uso de aparatos que precisamente están diseñados para encontrar esta clase de bienes en lugares donde se sabe de su presencia. Pero ésta no deja de ser una orientación que, en muchos supuestos, conducirá irremediabilmente a problemas. En los yacimientos arqueológicos no se plantea duda de ningún tipo, pero al no haber un precepto legal que delimite con exactitud los espacios en los que cabe esperar la presencia de restos arqueológicos, habrá que ir a cada caso concreto. Así, podría argumentarse, por el lado contrario, que los restos encontrados, aun con la utilización de estos aparatos, en lugares donde desde ningún punto de vista cabe decir que es esperable la aparición de restos arqueológicos, constituirían hallazgos casuales, al menos, ésa es la consecuencia que se puede extraer de la en extremo deficiente expresión del legislador.

Al acudir, como es ineludible, a las leyes autonómicas, se puede mencionar a las de Aragón y Andalucía como normas que han tratado expresamente esta problemática. Son las que cuentan con la regulación más detallada de todas en cuanto a la utilización de detectores de metales, de hecho. En relación con lo que estamos aquí tratando, señalan que cuando se detecten restos arqueológicos como consecuencia del uso autorizado de estos aparatos, se deberá suspender ese uso *ipso facto*, y se deberá cumplir con el mencionado deber de comunicación, cuyos requisitos ya hemos tratado en capítulos anteriores. Y, para evitar confusiones al respecto, disponen que en tales supuestos no se producirá el derecho a premio ni a indemnización de ninguna clase. Comparto la opinión de Javier Barcelona Llop de que se trata de una regulación excesiva en el sentido de que no parece correcto dejar de considerar como fruto del azar un descubrimiento producido sin que éste hubiera podido preverse de forma alguna, independientemente de que la actividad o el uso que condujeron a este hallazgo se encontraran autorizados⁵⁹.

Una regulación como ésta puede conducir a lograr justamente lo contrario a la pretendida protección de los bienes arqueológicos, pues es evidente que quien encuentre restos en el ámbito de una actividad o con medios técnicos no autorizados, si no va a recibir un premio, sino una sanción, dejará de comunicar su hallazgo a la Administración, corriéndose el riesgo de perderse parte del Patrimonio Arqueológico.

⁵⁹ BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016, 427.

Otro aspecto que afecta profundamente a esta cuestión es la extensión del régimen de los hallazgos casuales, el cual a simple vista puede no quedar muy claro. Y esto es porque el artículo 44 LPHE utiliza en sus apartados 2 y 3 el término “objeto”, hablando en el primero de ambos apartados sobre el depósito legal de éstos y en el segundo acerca del derecho a premio que se acaba de tratar. Atendiendo a estos términos, algunos podrían interpretar que se está haciendo alusión exclusivamente a los bienes muebles, pero la jurisprudencia del TS no se ha orientado en este sentido, reconociendo en más de una ocasión el derecho a premio en supuestos de descubrimientos de inmuebles en varias sentencias, destacando la STS 17 de enero de 1992, recurso n.º 624/1989 o, de forma más importante, la STS 24 julio 2001, recurso n.º 2282/1997. Considera el TS en el Fundamento de Derecho Tercero de esta última Sentencia que, de haber sido la voluntad legislativa limitar a los bienes muebles el derecho de premio “lo normal habría sido que hubiera utilizado de manera expresa e inequívoca esa específica denominación legal ya existente en el ordenamiento, y, si no lo ha hecho así, la interpretación que inicialmente parece más autorizada es la de considerar que no se ha querido establecer para el premio aquí controvertido el limitado alcance que se propugna en el recurso de casación”⁶⁰. Respecto al depósito, considera el TS que simplemente se trata de una forma de protección mayor para aquellos bienes susceptibles de aprehensión material, pero no un rasgo que deba exigirse siempre en los casos de hallazgos casuales.

Teniendo en cuenta la claridad de la sentencia, no cabe ya duda sobre si los bienes inmuebles se encuentran también incluidos, al menos para los casos en los que el premio deba ser satisfecho por la Administración General del Estado. Si acudimos a algunas de las leyes autonómicas de Patrimonio Histórico, se puede observar que limitan, y en algunos casos expresamente (a diferencia de la LPHE) el derecho a premio a exclusivamente los descubrimientos de bienes muebles. Ejemplo de ello es la Ley de Castilla y León, en cuyo artículo 61 sólo se menciona a los “hallazgos casuales de bienes muebles” como generadores de un derecho a premio.

⁶⁰ BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016, p. 429.

5.4.2. Autorizaciones para el uso de detectores de metales y otros instrumentos

Como última forma de protección de los bienes arqueológicos que vamos a tratar en este trabajo, nos referimos ahora al régimen de autorizaciones vigente para el uso de detectores de metales. Ya se ha mencionado en varios apartados, aunque sólo de paso, cómo en algunas Comunidades Autónomas se exige una autorización para el uso de este tipo de aparatos, siendo constitutivo de infracción su manejo al margen de ésta. La exigencia tiene una sencilla justificación, siendo ésta que, de no haber un control mínimo por parte de la Administración de qué sujetos están haciendo uso de estos aparatos, cualquier persona con un detector de metales a su disposición podría dedicarse a buscar por todos lados vestigios arqueológicos, contando o no con la formación necesaria para saber tratar a estos bienes adecuadamente, y poniéndolos de esta forma en peligro innecesariamente. Siendo preferible el conocimiento por la Administración de los sujetos que, gracias al uso de estos aparatos, serán quienes más probabilidades tengan de dar con vestigios arqueológicos, se establecerán así requisitos y obligaciones a los sujetos autorizados, quienes mostrarán una diligencia mayor tanto por sus conocimientos como por ser conscientes de la vigilancia por la Administración de sus actuaciones, pudiendo ver revocada su autorización en caso de excederse de los términos de la misma (además, claramente, de ser sancionados).

Históricamente, pocos años antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 16/1985 ya se había hecho un llamamiento en el seno del Consejo de Europa que urgía al Comité de Ministros a que elaborase un conjunto de recomendaciones con el fin de que los Estados miembros crearan un sistema de registro o permiso para el uso de esta clase de aparatos, lo que se acabó plasmando en la Recomendación 921, de 3 de julio de 1981. Aunque se trataba de una simple recomendación, no vinculante por tanto, sus ideas terminaron por figurar en el Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico de 1992, que no fue ratificado por España hasta 2011⁶¹. En este tratado, los Estados miembros se obligan a “someter a autorización específica previa, en los casos previstos en la legislación interna del Estado, el empleo de detectores de metales y de cualesquiera otros equipos de detección o procedimientos para la investigación a arqueológica”, como se señala en su artículo 3.3.

⁶¹ BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016, p. 363.

A pesar de que la LPHE es apenas cuatro años posterior a la Recomendación del Consejo de Europa, nada se menciona en ella acerca de esta cuestión. Este silencio genera más problemas que otra cosa: lo primero que podemos preguntarnos es si el hecho de que la Ley no lo mencione se debe a la intención del legislador de considerar estas actividades como intervenciones arqueológicas. De ser afirmativa la respuesta, entendiendo la utilización de detectores de metales como una forma de prospección, quedaría constatada la necesidad de previa autorización. De considerar que no lo es, no sería entonces exigible y se estaría de esta forma desprotegiendo enormemente a los bienes arqueológicos. La siguiente cuestión que se plantea es la de si, en todo caso y sin excepciones, se podrá considerar su uso como prospección arqueológica o si, por el contrario, esto dependerá del caso concreto y se podrán dar situaciones en las que la utilización de un detector de metales no conlleva esa consideración.

En definitiva, el legislador estatal no parece haberse preocupado en absoluto de dar una solución a esta laguna legal, y esto a pesar de que bien podría hacerlo, pues el TC ha reconocido en alguna sentencia su competencia para ello (STC 17/1991, de 31 de enero y 122/2014, de 17 de julio)⁶². En vista de la situación normativa que se mantiene, se deberá acudir una vez más a la normativa autonómica para tratar de encontrar una regulación positiva de la cuestión. Por la extensión que requeriría un análisis en profundidad de la cuestión, no podemos permitirnos ahondar en cada una de estas leyes, pero sí se puede mencionar qué hacen diferente respecto del legislador estatal. Lo cierto es que muchas de ellas, paralelamente a la LPHE, no hacen mención alguna al respecto. Así, encontramos por ejemplo la Ley de Patrimonio Histórico del País Vasco, la cual cuenta con una amplia lista y definición de las actividades consideradas arqueológicas en su artículo 64, pero no figura en ningún lado la utilización de aparatos de detección. También elude una regulación al respecto el artículo 47.2 de la Ley de Patrimonio Cultural Catalán. El artículo 51 de la Ley de Castilla y León dispone, al definir las actividades arqueológicas, que también lo serán “cualesquiera otras actividades que tengan por finalidad la búsqueda, documentación o investigación de bienes y lugares integrantes del patrimonio arqueológico.” A su vez, en el artículo 55 se establece la necesidad de autorización para todas estas actividades. Por tanto, la

⁶² BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016, p. 366.

interpretación más lógica de estos dos preceptos sería que la utilización de aparatos de detección solamente se viera necesitada de autorización si éstos se fueran a usar en alguna actividad arqueológica, lo cual nos devuelve a las cuestiones ya tratadas en los párrafos anteriores.

Como se observa, las legislaciones autonómicas por lo general poco han hecho para solventar esta cuestión; sin embargo, deben mencionarse dos de ellas que sí han buscado dar una regulación específica: las de Aragón y Andalucía⁶³. La Ley del Patrimonio Cultural Aragonés incluye, desde el año 2014, un artículo 69 bis, dedicado en exclusiva al uso de detectores y otros instrumentos, sometiéndolo en su apartado 1 a la autorización por la Dirección General con competencias en materia de cultura de la Comunidad, exigiéndose en los apartados siguientes una serie de requisitos que deben figurar en la solicitud que se presente, como son la delimitación temporal y espacial de la utilización y el plazo para resolver de la Administración, que será de tres meses. Si se acude a los términos exactos del precepto, queda claro que no se está refiriendo sólo a los casos en los que la intención sea la realización de una actividad arqueológica, sino que al establecer que se deberá someter a autorización “el uso de detectores de metales y otros instrumentos o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, aun sin ser esta su finalidad”, esta regulación esconde una intención, en mi opinión, correcta. En un primer momento se podría considerar como excesiva, exigiéndose en todo caso autorización; no obstante, esto no es sino una forma de otorgar una mayor protección al Patrimonio Arqueológico, pues habrá un mejor conocimiento por la Administración de quiénes cuentan con estos aparatos, evitando así que sujetos que en principio no buscaban realizar actividades arqueológicas las acaben llevando a cabo sin ser consciente de ello la Administración. En términos casi idénticos se expresa la Ley de Patrimonio Histórico Andaluz, constituyendo otro ejemplo de una regulación que reduce enormemente la comisión de errores en la aplicación del régimen de autorizaciones.

Como ha quedado expuesto, aparte de estas dos notables excepciones, la gran mayoría de las leyes autonómicas han guardado un silencio similar al de la LPHE, resultando en una situación nada afortunada para quienes tienen intención de utilizar este tipo de aparatos, pues la falta de regulación expresa hace que se cierna sobre ellos una inseguridad jurídica que no

⁶³ BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016, p. 367.

parece del todo aceptable en un Estado de Derecho. Sólo se puede esperar a que los diferentes legisladores se percaten de ello y decidan regularlo, bien sea de la forma ya expuesta o de cualquier otra.

Con esto podemos dar por cerrada esta parte de la exposición relativa a la protección de los bienes arqueológicos, en la cual espero haber logrado explicar con claridad algunas de las técnicas utilizadas por nuestros legisladores estatal y autonómicos para la preservación de nuestro amplio Patrimonio Arqueológico. Como conclusión, he de decir que se trata de una regulación lo suficientemente buena, que logra mayormente su objetivo de protección en la medida de lo posible, pero que también son evidentes sus carencias y, especialmente, la diversidad de soluciones dadas por los distintos legisladores autonómicos, siendo conveniente una mayor coordinación entre CCAA para dar soluciones más armonizadas y que simplifiquen la labor de quienes necesitan acudir a ellas.

6. LA RECUPERACIÓN DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS

El hecho de que los bienes arqueológicos formen parte del dominio público desde 1985 no ha impedido, como resulta obvio, que los particulares actúen al margen de la ley y hayan intentado apropiarse de éstos, bien no comunicando a la Administración su hallazgo o incluso llegando a sustraer los bienes ya encontrados y cuya titularidad corresponde a una Administración ya determinada. Ante estas actuaciones, en principio no se plantean grandes problemas, pues la Administración podrá recuperarlos de oficio siguiendo el procedimiento establecido para la recuperación de cualquier otro bien integrante del dominio público. La competencia en esta cuestión, como ya hemos expuesto, se ha venido ejerciendo por las CCAA, siendo coherente esta situación, pues son ellas mismas las titulares de la mayor parte de los bienes arqueológicos. Ahora bien, el Estado, como también se ha podido ver al tratar el caso particular de los bienes arqueológicos sumergidos, es también competente para su recuperación en los supuestos de exportación ilícita y expoliación, tal y como se dispone en el artículo 2.1 LPHE, “sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos”. Respecto a qué debe entenderse por expoliación, el artículo 4 de la misma Ley lo define como “toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social”. En el mismo precepto se faculta también a la Administración General del Estado a disponer lo que sea necesario para la recuperación y

protección de esos bienes expoliados. Por si cabía alguna duda, el art. 6 b) declara organismos competentes para la ejecución de la LPHE a “los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español”.

Fuera de estos casos, no cabe duda de que los órganos competentes para la recuperación de los bienes arqueológicos son los que tengan atribuida la competencia sobre Patrimonio Cultural en cada Comunidad Autónoma. Esto se deja claro en la propia Ley estatal, en su artículo 6.1 a), disponiendo que, de forma general, serán competentes para la ejecución de la LPHE “los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico”.

Otra pregunta que se plantea es la relativa a qué bienes pueden ser objeto de esta recuperación. La respuesta es que los bienes integrantes del dominio público, es decir, la totalidad de los bienes arqueológicos desde 1985. Desde la entrada en vigor de la LPHE, como ha quedado más que expuesto, todo bien arqueológico que se halle es de titularidad de una Administración Pública, aunque sea dudoso en un primer momento de cuál exactamente. Ahora bien, ¿qué ocurre con aquellos restos arqueológicos cuya existencia era más que conocida mucho antes de la publicación de esta norma? Pues en este caso no existe una solución única, debiéndose acudir al caso concreto para ver si ese bien determinado ya formaba parte del dominio público o no. De ocurrir lo primero, la respuesta legislativa será la misma que para los bienes hallados después de 1985. Pero de no serlo, los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre estos bienes deberán ser indemnizados, pues lo que se estaría produciendo sería una expropiación forzosa y no una recuperación propiamente dicha, ya que el bien no había formado parte del dominio público en el momento de su adquisición por el titular. En los demás casos la solución es clara, y la mayoría de las Leyes autonómicas han eludido pronunciarse sobre esta cuestión porque esta potestad de recuperación ya ha quedado aclarada en la LPAP, en concreto en sus artículos 55 y siguientes.

Sin embargo, ha habido alguna que otra Ley autonómica que se ha excedido sobremanera en este sentido y cuyos preceptos, en un afán de dar una mayor protección a

los bienes arqueológicos, han aparentemente extendido estas potestades a la recuperación más atrás en el tiempo⁶⁴.

Un ejemplo de esto es la Ley de Cantabria, que en su Disposición Transitoria Cuarta establece, en referencia a los poseedores por cualquier título de bienes arqueológicos, que “los objetos señalados que, por razón de la legislación aplicable en el momento de su adquisición, sean considerados de dominio público, deberán entregarse en cualquier caso en el plazo previsto en el apartado anterior. Transcurrido dicho plazo, y previo requerimiento, la Administración procederá a su recuperación de oficio”.

A simple vista, tal disposición no lleva aparejado problema alguno, pues lo único que hace es atribuir a la Administración regional una potestad que ya acompaña en todo momento al dominio público, como ya se ha dicho, extendiendo su ámbito de aplicación a todos los bienes arqueológicos hallados tras la creación de un dominio público arqueológico. Fijándonos exclusivamente en este precepto, la interpretación lógica sería entender que al mencionar “la legislación aplicable en el momento de su adquisición” se está refiriendo a la ya tantas veces mencionada Ley 16/1985. De haber optado el legislador autonómico por guardar silencio en este respecto, ésa sería la única solución defendible y lo que deberían aplicar los órganos competentes para la protección del Patrimonio Cultural. Sin embargo, éste decidió ir un paso más allá en su artículo 86.1, señalando que los efectos no se retrotraen al año 1985, sino a 1911, año de promulgación de la Ley de Excavaciones y Antigüedades⁶⁵.

Esta extensión es errónea desde todos los puntos de vista, ya que lo que implica no es otra cosa que el reconocimiento de la existencia de un dominio público con anterioridad al año 1985. Y como ya se ha señalado en numerosas ocasiones, la LPHE hace algo nunca antes visto en la legislación española al declarar de dominio público el Patrimonio Arqueológico. Sí que pudo existir titularidad demanial sobre bienes arqueológicos antes de ésta, pero únicamente sobre bienes determinados, y es sólo frente a estos bienes que ya eran de

⁶⁴ BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000, p. 162.

⁶⁵ BARCELONA LLOP, J., op. cit., p. 163.

titularidad pública antes de la promulgación de la Ley 16/1985 que se podría extender la aplicación retroactiva que realiza la Ley de Cantabria.

En definitiva, la constitucionalidad del precepto señalado es dudosa, al no haber bajo ningún concepto en nuestro ordenamiento jurídico una expropiación sin el otorgamiento de un precio a cambio.

7. CONCLUSIONES

Alcanzando ya el final de este trabajo, estimo oportuno expresar alguna que otra consideración respecto a lo que éste ha intentado mostrar con relación a la regulación existente actualmente en materia de Patrimonio Histórico en nuestro país en general, y Patrimonio Arqueológico en particular.

En primer lugar, me gustaría hablar algo más en profundidad sobre la justificación de la necesidad de crear un dominio público arqueológico. A mi modo de ver, el razonamiento del legislador es acertado. Puesto que los bienes arqueológicos son considerablemente más frágiles y susceptibles de apropiación por los particulares que otros bienes del PHE, no sólo tiene sentido, sino que está plenamente justificado incluirlos en el demanio. En contra de lo que puedan defender ciertos sectores doctrinales, esta inclusión respeta todos los principios legales y constitucionales exigibles a los bienes de dominio público, pues estos bienes cuentan con una utilidad pública, debida a su interés cultural. Que el legislador haya optado por declarar demaniales sólo a los bienes arqueológicos amparándose en una mayor necesidad de protección de los mismos no debería generar problemas de legalidad.

En segundo lugar, quiero referirme a la titularidad de los bienes arqueológicos. La decisión del legislador de no especificar a su titular no ha hecho más que hacer que surjan conflictos entre el Estado y las CCAA. Dejando al margen todas las opiniones doctrinales que se expusieron en su momento, lo cierto es que con el tiempo han sido las propias CCAA las que han ido declarando su propia titularidad sobre los bienes que aparezcan en su territorio. Si ésta era la intención del legislador, lo mejor habría sido que se hubiera pronunciado al respecto y, de paso, establecer las excepciones a la titularidad autonómica que existen. En definitiva, una mera mención habría servido para evitar la determinación por la doctrina y la jurisprudencia de los supuestos en los que la titularidad del patrimonio arqueológico es estatal o la legislación del Estado es la aplicable.

En tercer lugar, estimo necesario mencionar, aunque sea sólo someramente, las deficiencias del régimen sancionador ante infracciones contra el Patrimonio Arqueológico en nuestro país. Dos son aquí los problemas que hacen de esta cuestión:

Por un lado, el hecho de que, a pesar de la amplia y detallada regulación en vigor, siguen produciéndose daños al Patrimonio Arqueológico. Esta situación se debe, a mi juicio, a que la tipificación de las infracciones y sus respectivas sanciones no es lo suficientemente buena a la hora de prevenir actuaciones dañinas, sino que, por el contrario, parece centrarse en sancionar una vez ya se han producido los daños, lo cual es prácticamente inútil, pues el valor cultural de muchos de los bienes arqueológicos es irreparable, independientemente de la cuantía económica de la sanción, de forma similar a lo que ocurre en la regulación de los delitos sobre el Patrimonio Histórico en el CP.

Por otro lado, debido a las diferencias en la regulación de las infracciones y sus sanciones por parte de cada legislador autonómico, la diversidad de técnicas utilizadas no genera más que inconvenientes y confusión. Si bien es cierto que las normas autonómicas sólo son aplicables en su respectivo territorio, por lo que nunca se aplicarán varias de ellas a un mismo supuesto, sí que puede haber dificultades para lo sujetos que operen en varias CCAA a la hora de cumplir con los deberes que en cada región existen y de la manera concreta en que se imponen.

Por último, me referiré a los problemas que surgen en relación con la recuperación de los bienes arqueológicos. Por lo general, no hay conflictos en esta materia, pues la LPHE deja claro en qué supuestos es competente el Estado. Así, en la mayor parte de los casos, serán las CCAA las que recuperen los bienes arqueológicos de los que sean titulares. Lo que sí es problemático y resulta criticable es que, siendo clara la inexistencia de un dominio público arqueológico con anterioridad al año 1985, haya legisladores autonómicos que hagan caso omiso de esto e intenten recuperar de la misma forma los bienes arqueológicos descubiertos después de la entrada en vigor de la LPHE que los descubiertos con anterioridad. A mi parecer, lo que debería haberse hecho respecto a estos textos (paradigma de ello es la Ley de Patrimonio Histórico de Cantabria) es interponer un recurso de inconstitucionalidad, pues no debe permitirse que un precepto de una ley autonómica (paradigma de ello son el art. 86.1 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria) extienda retroactivamente el régimen jurídico del dominio público. Desgraciadamente, esto ya no es posible debido a la superación del plazo máximo para ello.

En definitiva, y para finalizar el presente trabajo, considero que la existencia de un dominio público arqueológico se ha mostrado, por lo general, ventajosa; sin embargo, ha habido también demasiado conformismo y se ha pensado que el otorgamiento de este régimen jurídico era suficiente para lograr una protección casi absoluta, algo que por desgracia el paso del tiempo y la práctica nos han demostrado que no es así.

BIBLIOGRAFÍA:

ABAD LICERAS, J. M., *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, 1999.

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Comentarios a la Ley del patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, 2008.

ALEGRE ÁVILA, J. M. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 2, ed. Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos nº5, Madrid., 1994.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Patrimonio Arqueológico sumergido: una realidad desconocida*, Universidad de Málaga, 2009.

BARCELONA LLOP, J., “El Dominio Público Arqueológico”, *Revista de administración pública*, núm. 151, 2000.

BARCELONA LLOP, J., “Patrimonio arqueológico submarino: dominio público, titularidad y competencias de las Comunidades Autónomas”, *Revista de administración pública*, núm. especial 99-100, 2014.

BARCELONA LLOP, J., *Vestigios y palabras. Arqueología de Derecho del Patrimonio Arqueológico*, Universidad de Cantabria, 2016.

CAÑAS, JESÚS A., *La justicia española cierra el ‘caso Odyssey’ reconociendo su “enfado” con su “insólita tramitación”*, El País, 18 de octubre de 2021.

CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Universidad de Salamanca, 2005.

FERNÁNDEZ FARRES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, 2ª ed., Civitas, 2014.

GABARDÓN DE LA BANDA, F., *La configuración del patrimonio arqueológico como bien de dominio público en el ordenamiento jurídico español*, SPAL, 2010.

LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., *La tutela jurídico-administrativa de la funcionalidad del patrimonio arqueológico: dominio público y control administrativo de las actividades arqueológicas*, Universidad de Huelva, 2011.

RUFINO RUS, J., *La protección del patrimonio arqueológico en el Código Penal. Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales*, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, 2012.

YÁÑEZ VEGA, A., *Patrimonio Arqueológico y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.