

EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

Por

JAVIER BARCELONA LLOP
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. EL PORQUÉ DEL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO.—III. LA TITULARIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO: 1. *El silencio de la Ley 16/1985*. 2. *La titularidad autonómica del dominio público arqueológico*. 3. *La titularidad de los bienes arqueológicos hallados en el mar territorial y en la plataforma continental*.—IV. LOS BIENES QUE FORMAN PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO: 1. *La clave no es jurídica: la metodología arqueológica*. 2. *Extensión objetiva del dominio público arqueológico*. 3. *Precisiones que aporta la legislación autonómica*.—V. UN APUNTE FINAL SOBRE LA RECUPERACIÓN DE OFICIO DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS: LA LEY DE CANTABRIA, EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO Y LA LEY DE EXCAVACIONES DE 1911.

I. PREÁMBULO

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, diversos autores sostuvieron que los bienes de titularidad pública integrantes del Patrimonio Histórico-Artístico, que es como se le llamaba en la Ley de 13 de mayo de 1933, eran dominiales (1). Pero la opinión no sólo no era unánime (2), sino que parece difícil localizar un fundamento normativo que la avalara con carácter general, sin perjuicio de ciertas previsiones concretas que permitían afirmar que algunos bienes históricos en particular eran de dominio público (3).

Vigente la Ley 16/1985, hay quien defiende la dominialidad de los bienes de titularidad pública que forman parte del Patrimonio Histórico (4), pero la doctrina más especializada se inclina por la elusión

(1) Vid. S. ALVAREZ GENDÍN: *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, Bosch, 1956, 117 ss.; A. GUAITA MARTORELL: *Derecho Administrativo Especial*, vol. II, Zaragoza, Librería General, 1965 (reimpresión), 129; E. ROCA ROCA: *El patrimonio artístico y cultural*, Madrid, IEAL, 1975, 28-29, 45; A. SÁNCHEZ BLANCO: *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, IGO, 1979, 291 ss.

(2) Cfr. J. L. ALVAREZ ALVAREZ: *La transmisión de las obras de arte*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, 17 ss.; M. T. PÉREZ DE ACOSTA: «Consideraciones en torno al concepto y titularidad de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico-Artístico Español (Especial referencia al Anteproyecto de Ley Reguladora de la Defensa del Patrimonio Histórico-Artístico Español)», *RGLJ*, tomo LXXXII, 1981, 433 ss.

(3) Cfr. P. GARCÍA ESCUDERO y B. PENDÁS GARCÍA: *El nuevo régimen jurídico del patrimonio histórico-español*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1986, 16-17; J. M. ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1994, tomo I, 608 ss.

(4) F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1987

del concepto de dominio público con razonamientos del máximo interés. Así, se ha señalado que el régimen dominial no garantiza *per se* la función conservadora y enriquecedora del patrimonio cultural que demanda el artículo 46 de la Constitución y que, en tanto en cuanto los bienes sean susceptibles de apropiación (puesto que no lo son todos; piénsese, por ejemplo, en los conocimientos o actividades de valor etnográfico), parece conveniente aceptar que están sometidos a un régimen jurídico *sui generis* cuyo centro de gravedad se sitúa en su condición de bienes consistentes en un valor espiritual vocado a la fruición colectiva, con independencia de su titularidad (5). Interpretación que, conviene reconocerlo, es coherente con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, donde la titularidad de los bienes a que se refiere es cuestión secundaria. Lo que en el precepto cobra realce es la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, que está al servicio del disfrute por la colectividad y por las generaciones futuras e íntimamente conectado con el acceso a la cultura al que, dice el artículo 44 de la Constitución, todos tienen derecho.

En la misma línea, otros autores hacen abstracción del tema de la titularidad y del concepto de dominio público y enfatizan la satisfacción de los fines de estos bienes y los valores culturales que les caracterizan, localizando ahí la explicación de las singularidades y exorbitancias de su régimen jurídico. El peculiar estatuto jurídico de los bienes históricos traería causa, según este planteamiento, en su función y valores culturales, en la imperiosa necesidad de su preservación y en su vocación de estar al disfrute de la colectividad, cualquiera que sea la condición de sus titulares y sin que sea preciso invocar la categoría dominial para señalar jurídicamente a los que están en mano pública (6).

Tales corrientes de opinión no parece que deban desconectarse de la buena acogida que ha tenido entre nosotros la formulación por GIANNINI de la teoría de los *bienes culturales*, en la que la titularidad sobre la cosa queda en segundo plano en beneficio de su valor cultural vocado al disfrute colectivo bajo la tutela jurídica de los poderes

(10.ª ed.), 361; R. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho administrativo. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 1997 (6.ª ed.), 281-282, aunque en 283 el autor parece inclinarse por la tesis de PRIETO, a la que seguidamente se hace referencia.

(5) J. PRIETO DE PEDRO: «Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II, 1571-1572.

(6) Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, Civitas-IGO-Universidad de Sevilla, 1990, 368 ss.; M.ª R. ALONSO IBÁÑEZ: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, Civitas-Universidad de Oviedo, 1992, 216 ss., 253 ss.; ALFEGRE AVILA: *op. cit.*, vol. I, 612 ss.

públicos. El valor cultural se desgaja de la cosa y los avatares patrimoniales de ésta discurren al margen de aquél, que se configura como un interés público y objetivo tutelado por los poderes públicos (7). A partir de tales premisas, es obvio que el concepto de dominio público no es imprescindible. Relegado el elemento de la titularidad y reconocido que el valor cultural de los bienes históricos, sean públicos o privados, justifica un peculiar estatuto jurídico, los que están en mano pública no necesitan refugiarse bajo el paraguas de la dominialidad para estar sometidos a un régimen jurídico que persigue que cumplan con la función cultural que les caracteriza. Naturalmente, la dominialidad no es incompatible con ello; pero tampoco es precisa.

Además del influjo de tan prestigiosa construcción teórica (8), hay que tener en cuenta un dato, más modesto si se quiere pero de alguna importancia. Para que pueda hablarse en rigor de dominio público es necesario que el ordenamiento se haya pronunciado en esa dirección y, hoy por hoy, no existe en nuestro Derecho una cláusula de la que se infiera que, con carácter general, los bienes públicos que forman parte del Patrimonio Histórico son de dominio público. Ciertamente, el régimen jurídico de algunos de ellos contiene aspectos próximos al del dominio público; también es verdad que, en virtud de lo dispuesto en algunas normas, hay bienes históricos que son de dominio público (9). Pero la Ley 16/1985 omite cualquier pronunciamiento sobre el particular y no prejuzga la naturaleza jurídica de los bienes históricos de titularidad pública, a diferencia, por cierto, de alguna legislación autonómica que sí aplica la categoría del dominio público a muchos bienes históricos en mano pública (10).

(7) Una amplia y minuciosa exposición (verdadera disección) de la tesis de GIANINNI en ALEGRE AVILA: *op. cit.*, vol. I, 641 ss. Además, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*, «REDA», 29, 1983, 582 ss.; J. GARCÍA FERNÁNDEZ: *Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre patrimonio histórico*, «Rev. Der. Pol.», 27-28, 1988, 194-195; ALONSO IBÁÑEZ: *op. cit.*, 188 ss.

(8) Aunque sin citar a GIANNINI, pero sí a «la experiencia acumulada por la doctrina jurídica italiana», se refirió a esta construcción el entonces Ministro de Cultura, don Javier SOLANA MADARIAGA, en la presentación al Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley. Vid. *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por A. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, 140-141.

(9) Recuérdese que, de conformidad con el artículo 1.1 de la Ley de Patrimonio del Estado, los edificios propiedad de éste en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales. Lo que, desde luego, puede alcanzar a inmuebles de carácter histórico e interés cultural. También que, en la medida en que en el Patrimonio Nacional se integren bienes históricos, su condición dominial viene dada por la que dicho Patrimonio posee. Pero tanto en un caso como en otro el dominio público de los bienes históricos se deduce de normas diferentes a la Ley 16/1985; cfr. ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico*, cit., vol. I, 608 ss.

(10) Así, el artículo 27 de la Ley del Parlamento vasco 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco: «los bienes culturales calificados cuyos propietarios sean la Comunidad Autónoma, los territorios históricos o los municipios quedarán automáticamente protegidos bajo el régimen de dominio público, siendo, en consecuencia, sea cual fuere su

Ahora bien, la Ley 16/1985 se aparta del criterio indicado con motivo de la regulación del patrimonio arqueológico, puesto que en el primer inciso de su artículo 44.1 dispone 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.»

Esto es, si no cabe hablar con carácter general del dominio público de los bienes históricos de titularidad pública, resulta por lo menos obligado admitir la existencia de un dominio público arqueológico. Se trata de una importante novedad de la Ley 16/1985 (11), sobre cuyas repercusiones y consecuencias jurídicas versa el presente trabajo, en el que se tiene en cuenta tanto lo dispuesto en la Ley 16/1985 como en las diversas Leyes autonómicas sobre Patrimonio Histórico, Patrimonio Cultural o Patrimonio Histórico y Cultural, que de las tres denominaciones hay muestras, dictadas hasta la fecha. Leyes autonómicas en las que, como se verá, aparecen importantes regulaciones que es preciso considerar debidamente (12).

destino o afectación, imprescriptibles e inalienables, quedando sujetos al régimen de uso y aprovechamiento propio de los bienes demaniales». En otras ocasiones, el legislador autonómico huye del concepto de dominio público pero no de aplicar a los más cualificados bienes históricos de titularidad pública las notas de la imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad; cfr. el artículo 30.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia.

(11) No creo que antes de la Ley 16/1985 existiera un dominio público arqueológico. A lo sumo, podían existir bienes arqueológicos de dominio público, pero la aplicación de la categoría dominial a todos los bienes arqueológicos no se produce hasta dicha norma. Por ello, no me parece acertado que el Preámbulo de la Ley de Canarias 4/1999, de 15 de marzo, del Patrimonio Histórico de Canarias, diga que «la Ley desarrolla la declaración establecida por la legislación española desde 1911 [se refiere, sin duda, a la llamada Ley de Excavaciones de 7 de julio de dicho año] y reiterada en la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, del dominio público de todos los objetos arqueológicos». Me parece que el legislador de Canarias peca de un cierto voluntarismo, actitud a la que, como al final se expondrá, no es ajena la Ley de Cantabria 11/1998, de 13 de octubre, del Patrimonio Cultural de Cantabria, que aspira a atribuir a la Administración regional la potestad de recuperación de oficio de bienes arqueológicos cuya condición dominial es bastante difícil de aceptar.

(12) Indico a continuación las 12 Leyes autonómicas que, salvo error u omisión, han sido dictadas hasta el momento de la redacción de estas páginas (noviembre de 1999), omitiéndose en lo sucesivo su cita completa. Respetando el orden cronológico, son: *Ley de Castilla-La Mancha 4/1990*, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha; la ya citada *Ley del País Vasco 7/1990*, de 3 de julio; *Ley de Andalucía 1/1991*, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía; *Ley de Cataluña 9/1993*, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán; *Ley de Galicia 8/1995*, de 30 de octubre, ya citada; *Ley de Valencia 4/1998*, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; *Ley de Madrid 10/1998*, de 9 de julio, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid; *Ley de Cantabria 11/1998*, de 13 de octubre, ya citada; *Ley de las Islas Baleares 12/1998*, de 21 de diciem-

Quede dicho, por lo demás, que no se pretende exponer aquí el régimen jurídico de los bienes arqueológicos, sino sólo prestar atención a aquellos aspectos del mismo que guardan relación directa con su proclamada dominialidad (13).

II. EL PORQUÉ DEL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

Si el dominio público es un producto del ordenamiento jurídico, el artículo 44.1 de la Ley 16/1985 crea el dominio público arqueológico. Nótese que no es que algunos bienes arqueológicos sean dominiales por una u otra razón, sino que lo son todos a los que el precepto se refiere. Más adelante habrá oportunidad de exponer de cuáles se trata. De momento retengamos que, por vez primera en nuestra historia jurídica, los bienes arqueológicos se dicen de dominio público, novedad que no ha sido mal recibida por la doctrina (14), que a lo sumo la ha calificado como acaso innecesaria (15). Y como la Ley 16/1985 no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de los restantes bienes históricos en mano pública, la pregunta fluye por sí sola: ¿por qué en el artículo 44.1 hace otra cosa?, ¿por qué el artículo 44.1 de la Ley 16/1985 afirma la dominialidad de los bienes arqueológicos? Si la del dominio público es una categoría finalista (16), hay que buscar la razón de su aplicación a los bienes arqueológicos, asumiendo que si la pesquisa es infructuosa cabe la censura jurídica de la decisión legal.

La lógica hermenéutica sugiere la consulta de las discusiones

bre, del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares; *Ley de Aragón 3/1999*, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés; *Ley de Canarias 4/1999*, de 15 de marzo, ya citada; *Ley de Extremadura 2/1999*, de 29 de marzo, del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura.

(13) Amplias exposiciones de conjunto sobre la vigente ordenación jurídica del patrimonio arqueológico pueden encontrarse en J. L. ALVAREZ ALVAREZ: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, Civitas, 1989, 734 ss.; ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico*, cit., vol. II, 347 ss. Además, J. GARCÍA FERNÁNDEZ: *La nueva legislación española sobre patrimonio arqueológico*, «Rev. Der. Pub.», 107, 1987, 365 ss.; BARRERO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, 204 ss., 230 ss., 649 ss.; F. SAINZ MORENO: «El régimen jurídico del patrimonio arqueológico», en *Jornadas Internacionales. Arqueología de intervención*, Bilbao, Gobierno Vasco, 1992, 26 ss.; J. L. MOREU BALLONGA: *Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico*, núm. 132 de esta REVISTA, 1993, 171 ss.; J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ: *Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana*, núm. 141 de esta REVISTA, 1996, 95 ss.; J. M. ALEGRE AVILA: *El Patrimonio Arqueológico: aspectos de su régimen jurídico*, «Patrimonio Cultural y Derecho», 1, 1997, 121 ss.

(14) Cfr. ALVAREZ ALVAREZ: *op. cit.*, 781 ss.; ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico*, cit., vol. I, 615.

(15) Así, MOREU: *op. cit.*, 185.

(16) Como dice la STC 149/1991, de 4 de julio (FJ 2. B), la facultad que el artículo 132.2 de la Constitución confiere al legislador «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».

parlamentarias de la Ley, puesto que cabe sospechar que suministren datos explicativos del porqué de una novedad tan destacada. No es así, sin embargo. De la elaboración parlamentaria de la Ley nada se deduce sobre el particular. A salvo de una cuestión que ahora no interesa y a la que más adelante me referiré, el artículo 44 pasó sin que nadie respirara al leer en él el concepto de dominio público, que ya lucía en el Proyecto. Sorprende que una innovación de tanto fuste despertara tan poco interés entre los parlamentarios. Quizá se deba a que todos estaban de acuerdo con ella, pero el manto de silencio que la cubrió a lo largo del proceso de elaboración de la Ley nos priva de su motivación (17). Como también lo hace el Preámbulo de la Ley, que nada dice al respecto.

Tal circunstancia es un poco desoladora, pero como la aflicción no condiciona la tarea de los juristas, forzoso es olvidarla. Por otro lado, no creo que la decisión legal carezca de fundamento. Una cosa es que éste no haya sido puesto al descubierto y otra, muy distinta, que no exista. No rechazo que el legislador pueda, en ocasiones, conducirse arbitrariamente, pero considero que no es el caso, que hay razones explicativas de la existencia del dominio público arqueológico aunque, insisto, no hayan sido exteriorizadas. Esta opacidad genera, sin duda, una situación que es manifiestamente mejorable, pero no veo en ella motivos graves de alarma porque las razones del legislador se pueden encontrar.

En principio, no parece que los bienes arqueológicos cumplan una función cultural diferente, por más cualificada, a la de los demás bienes que forman parte del patrimonio histórico, ni que los valores que representan sean más sublimes que los de otros bienes históricos. Todos los muebles e inmuebles que pertenecen a dicho patrimonio cumplen, cada uno a su manera, la misma función y son portadores de un valor cultural parangonable. Y, sin embargo, sólo son dominiales lo arqueológicos, no los demás. La explicación de la decisión legal ha de buscarse, por consiguiente, en otro lado.

Explicación que, a mi juicio, se encuentra en la voluntad, es cierto que no exteriorizada en sede parlamentaria, de otorgar a los bienes arqueológicos una protección especial y superior a la que reciben otros bienes del patrimonio histórico. Bajo esa voluntad subyace seguramente la opinión de que los bienes arqueológicos son muy frágiles, están expuestos a agresiones múltiples y a expoliaciones sencillas de practicar. Si nos detuviéramos un minuto en lo que diversos textos internacionales han advertido sobre el particular, apreciaría-

(17) Véanse, en la edición citada de PÉREZ DE ARMIÑAN, los debates sobre el artículo 44 de la Ley 16/1985 en 307-309, 435-437 y 711-712.

mos que en ellos late una gran preocupación por lo que les sucede a los bienes arqueológicos, que no es precisamente lo mejor (18). Y es probable que el legislador haya entendido que la forma óptima de cuidar a esos bienes es aplicarles el régimen jurídico del dominio público, que, como es sabido, lo es de protección antes que otra cosa. Si estamos ante un patrimonio quebradizo, amenazado y con frecuencia ultrajado, es comprensible que la Ley haya optado por la técnica jurídica *teóricamente* más apta para poner coto a las agresiones.

Ello significa que la Ley 16/1985 ha hecho un uso estratégico del concepto de dominio público y ha acudido a él sólo para permitir la aplicación al patrimonio arqueológico del régimen jurídico de protección en que dicho concepto consiste, al fin y al cabo. Es verdad que todo el régimen jurídico del patrimonio histórico está inspirado en criterios proteccionistas muy marcados, pero el abrigo más grueso se pone sólo sobre los bienes arqueológicos, no sobre los demás, lo que indica que el legislador ha juzgado que son acreedores de una tutela jurídica superior. De ahí el dominio público arqueológico, que implica la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes que lo componen, así como la atribución a la Administración titular de los mismos de la cohorte de potestades que el ordenamiento arbitra para su defensa.

Si se admite el razonamiento expuesto hasta aquí, hay que admitir también una objeción importante. Estamos ante un dominio público que no lo es tanto por afectación cuanto por razones de protección. Es decir, ante un dominio público que no se fundamenta en la utilidad pública de los bienes arqueológicos, sino que se invoca sólo para extender a éstos las ordinarias consecuencias tuitivas de la dominialidad. Pero ¿ha de ser piedra de escándalo dogmático o manifestación de que la de dominio público es una categoría jurídica que se puede utilizar pragmáticamente con objetivos exclusivamente proteccionistas? Me inclino por lo segundo. No sería admisible aplicarla a bienes cuya utilidad pública dista de estar clara, pero no veo causa

(18) Excúseme el lector de descender a detalles. Le remito, si lo desea, a la Recomendación de la UNESCO que define los principios internacionales que deben aplicarse a las excavaciones arqueológicas, aprobada en Nueva Delhi el 5 de diciembre de 1956; a la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de octubre de 1988 sobre la conservación del patrimonio arquitectónico y arqueológico de la Comunidad Europea; a la Recomendación de 13 de abril de 1989, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la protección y puesta en valor del patrimonio arqueológico en el contexto de las operaciones urbanísticas de ámbito urbano y rural; a la Convención del Consejo de Europa para la protección del patrimonio arqueológico de Europa, hecha en Malta el 16 y 17 de enero de 1992; y, cómo no, al Convenio Europeo para la protección del patrimonio arqueológico, hecho en Londres el 7 de mayo de 1969 y al que España se adhirió por Instrumento de 18 de febrero de 1975. Los textos citados no se limitan a constatar las agresiones que sufren de ordinario los bienes arqueológicos ni a sugerir las medidas encaminadas a evitarlas, pero con ellos en la mano puede redactarse el *cahier de doléances* del patrimonio arqueológico.

que prohíba hacerlo a otros que cumplen una función pública innegable (en nuestro caso, una función cultural) con el solo propósito de asegurarles un nivel importante de garantía y aunque la afectación esté desdibujada. Supuesta la utilidad pública de todos los bienes históricos, es lícito discriminar jurídicamente entre ellos y aplicar sólo la categoría dominial a los que arrostran de ordinario riesgos más elevados. Cualesquiera que sean las agresiones que acechan a muchos bienes del patrimonio histórico, la fragilidad de los arqueológicos es, generalmente, superior. Estimo por ello que el legislador ha invocado al concepto de dominio público bajo el convencimiento de que así contribuye eficazmente a la mejor protección de los bienes arqueológicos. Protección que, por lo demás, no se articula sólo alrededor de la categoría dominial, sino también mediante otras técnicas. El dominio público es sólo una pieza más, siquiera sea muy destacada, de un ordenamiento que aboga decididamente por la tutela de los bienes arqueológicos (19).

Diferente es que la dominialidad sea indispensable para la mejor salvaguarda de los bienes arqueológicos. No cabe rechazar, en efecto, que otras fórmulas jurídicas pudieran conducir por sí solas a un resultado similar al pretendido (20); pero el legislador ha optado por ella seducido, probablemente, por sus enérgicas consecuencias. Al fin y al cabo, si hay dominio público arqueológico hay exclusión de propiedades privadas y aplicación de un régimen jurídico plagado de exorbitancias, efecto que no es tan sencillo de conseguir íntegramente en otro caso. La opción legal es una de las posibles, pero no es descabellada en términos jurídicos.

Por lo dicho, no comparto la opinión de nuestro mayor experto en el Derecho de los bienes históricos (me refiero, por supuesto, a Juan Manuel ALEGRE) cuando sostiene que la razón de ser del dominio público arqueológico se encuentra en impedir que los particulares puedan ser propietarios de bienes de esta clase (21). Esa es una consecuencia de la decisión legal, pero no su presupuesto. Es un efecto de la dominialidad, pero no su razón de ser. No concibo que la categoría jurídica del dominio público se utilice sólo para evitar apropiaciones privadas. El dominio público acarrea, sí, la exclusión de los bienes del tráfico jurídico privado, pero para existir reclama fundamentos sustanciales, exige razones serias que no pueden locali-

(19) Acerca de las técnicas de protección del patrimonio arqueológico diferentes a la dominial, a la que se refiere el autor en 121 e incidentalmente en otros lugares, véase, en especial, el citado trabajo de BERMÚDEZ SÁNCHEZ.

(20) Sobre la cuestión, en referencia a las aguas pero con reflexiones de alcance general, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho de aguas*, Madrid, Civitas, 1997, 77 ss.

(21) ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico*, cit., vol. II, 365 ss.

zarse en las consecuencias lógicas e inevitables de la dominialidad. Que un bien de dominio público esté fuera del comercio es una cosa; por qué es de dominio público, otra.

De todas formas, lo que está por ver es si la protección que la Ley aspira a dispensar al patrimonio arqueológico tiene éxito y contribuye a poner coto a las agresiones que sufre. No basta con colocar la etiqueta del dominio público; hacen falta medios, recursos, voluntad de aplicar la Ley; si algo de ello falta, los objetivos proteccionistas quedarán sin cubrir. El legislador ha comprometido seriamente a las Administraciones públicas competentes en la defensa del patrimonio arqueológico; ¿sabrán, podrán o querrán éstas cumplir su cometido? Sobre todo considerando que no es probable que el concepto de dominio público impresione mucho a vándalos, piratas y expoliadores.

III. LA TITULARIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

1. *El silencio de la Ley 16/1985*

A la noción de dominio público al uso entre nosotros es inherente la idea de titularidad pública. En nuestro Derecho, una concepción como la alemana de las *cosas públicas* carece, hoy por hoy, de aceptación, organizándose la teoría del dominio público sobre el dato de la titularidad pública del bien. Ello no quiere decir que el dominio público responda a una relación de propiedad, puesto que eso forma parte de otro debate, pero sí que una Administración pública se responsabiliza del bien, de su gestión, tutela y defensa. Si hay dominio público hay titularidad pública; si no, habrá titularidad pública con un régimen jurídico diferente o titularidad privada, siquiera ésta venga condicionada por el ordenamiento jurídico si los bienes cumplen algún tipo de función pública (como les sucede, por ejemplo, a muchos bienes que forman parte del Patrimonio Histórico Español). Y si hay un dominio público arqueológico, que lo hay, ha de haber también un titular del mismo. El problema es identificarlo, porque la Ley 16/1985 guarda al respecto un silencio sepulcral.

Entre los autores, Juan Manuel ALEGRE ha sostenido, con mucha convicción y un importante grado de solvencia teórica, que el dominio público arqueológico es estatal, mientras que Fernando SAINZ MORENO ha escrito que «pese al silencio legal, la interpretación más razonable es aquella que atribuye la titularidad a la Comunidad Autónoma en que se produce el descubrimiento» (22). Como vamos a

(22) ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico*, cit., vol. II, 347 ss.; SAINZ MORENO: *op. cit.*, 40.

ver enseguida, la práctica legislativa autonómica ha erosionado el criterio de ALEGRE, ha confirmado la sugerencia de SAINZ MORENO y ha desmentido la categórica aserción de Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, quien entiende que estamos ante un supuesto de dominialidad sin titularidad (23).

Creo que la Ley 16/1985 no dice quién es el titular del dominio público arqueológico porque no desea decirlo. Cuando ha querido atribuir la titularidad de unos bienes históricos a un ente público determinado lo ha hecho, como en el artículo 29.1, conforme al cual pertenecen al Estado los exportados sin autorización. En cambio, es interesante que el artículo 45 utilice la expresión *Administración adquirente* para referirse a la que por cualquier título adquiere bienes del dominio público arqueológico. *Administración adquirente*, no Administración del Estado, ni de las Comunidades Autónomas, ni de las Corporaciones Locales. Adquirente, sin más. Frente a la aparente falta de equívocidad del artículo 29.1, la equívocidad acerca de la titularidad del dominio público arqueológico (24).

Por otra parte, es harto improbable que la Ley 16/1985 calle en este punto porque fuera predecible que el Tribunal Constitucional iba a, en una fecha indeterminada, reconocer a las Comunidades Autónomas el amplio margen de maniobra en materia de bienes históricos que les ha reconocido en la Sentencia 17/1991, de 31 de enero. Sentencia que, por lo demás, en nada concierne al tema que nos ocupa porque una cosa es sostener que las Comunidades Autónomas son competentes, como regla general, para declarar que un bien es de interés cultural y otra muy distinta afirmar que los bienes arqueológicos son de su titularidad. Ya se sabe que la titularidad sobre el dominio público y la titularidad sobre las competencias se sitúan con frecuencia en planos diferentes, por lo que las disponibilidades autonómicas sobre la declaración de bien de interés cultural nada dicen, ni en favor ni en contra, acerca de la titularidad del dominio público arqueológico.

(23) J. V. GONZÁLEZ GARCÍA: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, Marcial Pons, 1998, 171-172. El artículo 44.1 de la Ley 16/1985 le viene bien al autor para ilustrar su tesis favorable a sustituir la titularidad dominial por la de las competencias y funciones que las diversas Administraciones públicas ejercen sobre el dominio público, pero el resultado del análisis de la normativa autonómica es inequívoco.

(24) Digo *aparente falta de equívocidad* del artículo 29.1 por lo siguiente. Como vamos a ver en seguida, ha triunfado la tesis de la titularidad autonómica sobre el dominio público arqueológico, por lo que la afirmación en dicho precepto de la pertenencia al Estado de los bienes históricos exportados ilegalmente casa mal con la indicada titularidad, puesto que la exportación ilegal de un objeto arqueológico no parece que pueda tener como consecuencia la alteración de la misma. El artículo 29.3, no obstante, permite soslayarla y conservar la titularidad originaria con independencia de que corresponda a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la recuperación de los bienes ilegalmente exportados. De esta forma, la competencia estatal en caso de exportaciones ilegales no afecta a la titularidad autonómica del dominio público arqueológico.

En suma, no es conjetura extraviada afirmar que la Ley 16/1985 ha preferido no pronunciarse sobre la cuestión. Podría, sin duda, haberlo hecho. Podría, por qué no, haber dicho que el dominio público arqueológico es autonómico. En 1995, el legislador estatal ha atribuido la titularidad dominial de las vías pecuarias a las Comunidades Autónomas, lo que no ha causado ningún escándalo conocido. También podría haber precisado que el dominio público arqueológico es estatal, apostando por una línea interpretativa que, quizá, hubiera podido amarrarse más tarde al razonamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Aguas, puesto que si ésta se refiere al dominio público natural, no deja de señalar que la declaración de dominialidad de una categoría de bienes de características homogéneas corresponde al Estado (tesis ésta que defiende Juan Manuel ALEGRE a la vista, precisamente, de la STC 227/1988, de 29 de noviembre). Pero no hizo una cosa ni otra.

2. *La titularidad autonómica del dominio público arqueológico*

Han sido, en fin, las Leyes autonómicas las que han facilitado la clarificación del problema. No todas ellas, pero sí bastantes. Las regulaciones son sólo aparentemente heterogéneas. Es verdad que, en una primera lectura, parecen consagrar soluciones dispares; pero, bien mirado, no lo son tanto. Prescindiendo de las normas que omiten cualquier referencia a la cuestión que nos interesa, las que aluden a ella pueden agruparse convencionalmente del modo que sigue.

i) La Ley del Patrimonio Cultural Vasco, que ya he señalado que afirma la existencia de una amplia gama de bienes históricos de dominio público, no precisa la identidad del titular del dominio público arqueológico, pero en su artículo 48.4 dice que el descubridor casual de un objeto y el dueño del terreno donde se hubiere encontrado percibirán el correspondiente premio en metálico del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno vasco. He ahí el esbozo de una solución que otras Leyes autonómicas harán suya sólo que apurando su consecuencia elemental. Esta no es otra que proclamar la titularidad regional sobre los bienes arqueológicos cuyo hallazgo casual acarrea un desembolso para el erario autonómico en concepto de pago del premio al que se refiere el artículo 44.3 de la Ley estatal.

ii) La grieta abierta por la Ley del País Vasco se hace brecha en la de Cataluña. Su artículo 53 afirma el dominio público autonómico de los bienes arqueológicos descubiertos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero añade que si los derechos econó-

micos que corresponden al descubridor o al propietario de los terrenos son abonados por otra Administración, los bienes pasarán a formar parte del patrimonio de la Administración pagadora. Y si es así, lógico es pensar que cuando no hay que pagar nada (caso de las actuaciones arqueológicas autorizadas), los bienes descubiertos son siempre autonómicos (regla también inferible, en realidad, de la Ley vasca).

La Ley de Madrid sigue el mismo esquema, y merece una mención especial la de las Islas Baleares pues atribuye el dominio público arqueológico a los Consejos Insulares. Desde el punto de vista subjetivo la solución balear es novedosa, puesto que tales Consejos son Entidades Locales, pero resulta coherente con las importantes atribuciones que estatutariamente ostentan en materia de patrimonio histórico.

iii) Hay normas que, sin distinguir alguno, imputan la titularidad de los hallazgos casuales a la Administración regional (arts. 60.1 de la Ley de Galicia y 85.5 de la de Cantabria), por lo que parece que no cabe que otra Administración engrose su dominio público con bienes arqueológicos pagando el premio al descubridor o al propietario del terreno. Al menos formalmente, porque está por ver si es descartable la hipótesis en la práctica. No obstante, las Leyes mencionadas son terminantes, y su voluntad de unificar la titularidad del patrimonio arqueológico, también. Porque si los hallazgos casuales se dicen parte del dominio público regional, cómo no va a decirse lo mismo, aunque no se explicita abiertamente, de los que afloran en actuaciones arqueológicas autorizadas. De hecho, las dos Leyes citadas hablan del patrimonio arqueológico de las respectivas Comunidades Autónomas, por lo que la solución parece clara toda vez que la pertenencia al patrimonio regional sólo puede ser en concepto de dominio público.

iv) Existen otras Leyes que, pura y simplemente, hablan del dominio público autonómico sobre los bienes arqueológicos, sin más. Así se pronuncian el artículo 64 de la Ley de Valencia, el artículo 69 de la de Aragón y el artículo 55.4 de la de Extremadura. A título meramente indicativo, cabe dejar constancia de que el precepto de la Ley aragonesa dice, en su primer inciso, que «son bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Cultural Aragonés y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra, obras o intervenciones de cualquier índole o por azar».

v) Por último, la titularidad autonómica sobre el dominio público arqueológico puede inferirse del reconocimiento en favor de la

Administración regional de la potestad de recuperación de oficio de los bienes arqueológicos que, en virtud de la legislación anterior a la entrada en vigor de la respectiva Ley territorial, fueran dominiales. Así, la Disposición Transitoria Cuarta, 2, de la Ley de Canarias. En otros supuestos, una previsión semejante se añade a otras de las que ya se deduce la titularidad autonómica sobre el dominio público arqueológico, que sale así reforzada (Disposición Transitoria Cuarta, 2, de la Ley de Cantabria y Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Madrid).

En resumen, la titularidad autonómica (o local en el caso de Baleares) sobre el dominio público arqueológico se ha afianzado en las Leyes regionales. Técnicamente, no parece que frente a ello puedan oponerse reparos muy serios. El Estado ha renunciado a aparecer como titular dominial de los bienes arqueológicos, posibilidad que el artículo 132.2 de la Constitución le brinda, y las Comunidades Autónomas han ocupado la posición que ha dejado vacía. Por lo demás, y en la medida en que el régimen del dominio público está construido sobre unos criterios comunes (se inspirará, dice el artículo 132.1 de la Constitución, en los principios de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad), las consecuencias jurídicas ordinarias de la dominialidad están teóricamente aseguradas sea cual sea la Administración titular de los bienes arqueológicos.

Tras lo dicho, queda por indicar que no se puede excluir que ciertos bienes arqueológicos formen parte del dominio público estatal. Lo harán aquellos cuyo premio en caso de hallazgo casual sea abonado por la Administración del Estado, hipótesis que, como se ha visto, algunas Leyes autonómicas admiten. Pero son imaginables otros supuestos.

Cabe considerar, así, que si el Estado es competente para aplicar a los restos arqueológicos la categoría de bien de interés cultural, no es ilógico que formen parte del dominio público estatal. Como se sabe, la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991 ha circunscrito la competencia estatal sobre el particular a los bienes referidos en el artículo 6.b) de la Ley 16/1985, esto es, a los «integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional». Es dudoso que algún vestigio arqueológico encaje ahí desde el momento de su hallazgo, pero no hay razón para descartar la posibilidad.

Si se acepta que cuando la Administración del Estado es competente para declarar que un resto arqueológico es bien de interés cultural éste engrosa el dominio público estatal, ¿acaso lo hacen las

cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre habida cuenta de que el artículo 40.2 de la Ley 16/1985 proclama su condición de bienes de interés cultural? Hay motivos para dudar de la respuesta afirmativa. No es lo mismo que la Administración del Estado declare singularizadamente bienes de interés cultural a los adscritos a servicios públicos gestionados por ella o que formen parte del Patrimonio Nacional, a que la Ley estatal aplique la categoría a todo un conjunto de sitios y lugares que no siempre tendrán la conexión con la Administración del Estado característica de los mencionados en el artículo 6.b) de la Ley 16/1985. Por ello, y salvo las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre adscritas a servicios públicos gestionados por el Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, es lógico considerar que, *en la medida en que sean de dominio público*, lo son del autonómico (o del de los Consejos Insulares en las Islas Baleares).

3. *La titularidad de los bienes arqueológicos hallados en el mar territorial y en la plataforma continental*

¿Quién es titular de los vestigios arqueológicos localizados dentro de la plataforma continental y el mar territorial? En la doctrina, Juan Manuel ALEGRE ha sostenido que el Estado, por ser éste, *ex constitutione*, el titular dominial de uno y otra (25). A mi juicio, sin embargo, que el dominio público marítimo-terrestre sea estatal no autoriza a derivar idéntica titularidad sobre los objetos arqueológicos hallados en el mar territorial y en la plataforma continental, que nada tienen que ver con el dominio público constitucionalizado. Que son de dominio público está claro a la vista del artículo 40.1 de la Ley 16/1985, pero no lo está de quién. El despeje de las dudas al respecto requiere distinguir entre mar territorial y plataforma continental, porque los razonamientos a aplicar en cada caso son diferentes.

En relación con la plataforma continental, ¿qué dominializa el artículo 132.2 de la Constitución, a ella misma o a los recursos naturales que alberga? Al margen de si el precepto acierta o no al invocar el concepto de dominio público, la ordenación jurídica de la plataforma continental está íntimamente vinculada a la explotación de los recursos naturales que allí existen, lo mismo que la de la zona económica exclusiva (26), motivo por el cual el dominio público del que en

(25) ALEGRE AVILA: *Evolución y régimen jurídico*, cit., vol. II, 348 y 350.

(26) Vid. M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 1985 (7.ª ed.), 364 ss. Inequivocos son los artículos 56 y 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de di-

este punto habla el artículo 132.2 de la Constitución afecta sólo a los recursos naturales (27). No a otra cosa. El precepto citado no sirve, por lo tanto, para sostener que el dominio público arqueológico descubierto en la plataforma continental es estatal, puesto que los vestigios arqueológicos no son recursos naturales. Pero como el artículo 40.1 de la Ley 16/1985 incluye dentro del dominio público arqueológico a los bienes que se encuentren en la plataforma continental, algún titular han de tener. En mi opinión, es, en efecto, el Estado. Pero no porque los recursos naturales de la plataforma continental sean de dominio público, si es que técnicamente puede afirmarse tal cosa sin reparo alguno, sino por otra razón. La plataforma continental está situada fuera del mar territorial y no forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma, que es, a mi juicio, el dato determinante. No es admisible la existencia de un dominio público autonómico sobre los restos arqueológicos localizados en un lugar, la plataforma continental, situado extramuros del territorio de la Comunidad Autónoma litoral. Por tal motivo, creo de dudosa corrección jurídica las previsiones de algunas Leyes autonómicas que extienden la titularidad regional del dominio público arqueológico a los restos y vestigios localizados o extraídos en la plataforma continental (art. 75 de la Ley de Cantabria, art. 49 de la Ley de las Islas Baleares), para las que no es descargo que copien, sin ninguna meditación, lo que el artículo 40.1 de la Ley estatal dice, dado que debieran haber ponderado si el tenor literal del precepto es o no fácilmente trasvasable a sus leyes propias.

Respecto de los restos hallados en el mar territorial la cuestión es más delicada, porque es necesario resolver si el territorio de las Comunidades Autónomas se extiende hasta donde llega el mar territorial, dependiendo de ello la respuesta al interrogante acerca de la titularidad de los bienes arqueológicos allí encontrados. Si el dominio público estatal no excluye la territorialidad autonómica y las competencias que al Estado corresponden en virtud de su condición de titular dominial pueden ser ejercidas sobre el territorio autonómico dada la reconocida *penetrabilidad* de éste, que el mar territorial haya sido declarado, afortunadamente o no, de dominio público estatal no quiere decir que el mar territorial no pueda ser territorio autonómico. Y si el dominio público autonómico sobre los bienes arqueológi-

ciembre de 1982, y ratificada por España por Instrumento de 20 de diciembre de 1996 («BOE» de 14 de febrero de 1997). Cfr. A. SÁNCHEZ LAMELAS: *La ordenación jurídica de la pesca marítima*, Pamplona, Aranzadi, 2000, 86 ss.

(27) Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH: «La configuración del dominio público marítimo-terrestre», en el vol. col. *Ley de Costas. Legislación y jurisprudencia constitucional*, Santiago de Compostela, MOPT-Xunta de Galicia, 1992, 52-54; J. R. CALERO RODRÍGUEZ: *Régimen jurídico de las costas españolas*, Pamplona, Aranzadi, 1995, 223 ss.

cos recae sobre los encontrados dentro del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, lo que hay que dilucidar es si el mar territorial está o no dentro de él.

En la doctrina se localizan posturas favorables a la consideración del mar territorial como espacio incluido dentro de los límites territoriales de las Comunidades Autónomas litorales, basadas generalmente en que sobre dicho espacio éstas disponen de competencias efectivas (28). Otros autores, en cambio, postulan el criterio adverso (29). No es mi propósito, ni a ello llegan mis fuerzas, resolver una temática tan compleja, pero hay datos jurídicos que permiten cuestionar que, hoy por hoy, el mar territorial forme parte del territorio de las Comunidades Autónomas.

No está de más tener en cuenta cuál es el territorio autonómico a la vista de lo que han establecido los diversos Estatutos en virtud de la reserva estatutaria del artículo 147.2.b) de la Constitución. Un repaso somero a los de las Comunidades litorales revela que son los términos municipales preexistentes a ellas los pilares sobre los que se levantan las nuevas entidades territoriales. De una forma u otra, los Estatutos asumen tal circunstancia. Algunos de manera expresa (Andalucía, Cantabria, Murcia, Valencia y Asturias, siquiera el último haciendo uso de la denominación tradicional de *Concejos*), otros organizando la estructura territorial de la Comunidad sobre entes diferentes (Territorios Históricos, Comarcas, Provincias, Consejos Insulares, Cabildos) pero que en cualquier caso tienen en su base una estructura municipal previa. Los términos municipales, en suma, dibujan el contorno del territorio de las Comunidades Autónomas, que se extiende hasta donde alcanza el de los Municipios que a ellas pertenecen. Es decir, el territorio de la Comunidad Autónoma llega allá donde llegue el de los términos municipales sobre los que se yergue. Y aquí está el *quid* de la cuestión, porque el Tribunal Supremo ha dicho que el término municipal se detiene ante el mar territorial.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza que el mar territorial se encuentre dentro del término municipal (30). Re-

(28) Vid. S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1982, vol. I, 193-195; M. F. CLAVERO ARÉVALO: «Artículo 2», en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Madrid, MAP-IEAL, 1987, 32; R. BOCANEGRA SIERRA: «Artículo 2», en el volumen, por él mismo dirigido, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*, Madrid, MAP-IEAL, 1987, 21 ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «Artículo 2», en el volumen, por él mismo dirigido, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Madrid, MAP, 1991, 36-37.

(29) R. MARTÍN MATEO: *Manual de Derecho autonómico*, Madrid, Trivium, 1984, 109; J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, Ceura, 1988, 1083.

(30) Vid. F. SAINZ MORENO: *Término municipal y dominio marítimo*, núm. 112 de esta REVISTA, 1987, 188 ss.; CALERO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, 127.

chazo que ha reiterado la Sentencia de 4 de abril de 1990 afirmando, como otras anteriores, que si pasan a formar parte del término municipal los terrenos ganados al mar territorial, éste constituye un límite al territorio sobre el que el Municipio extiende su jurisdicción. Sería interesante detenerse un momento sobre la aludida línea jurisprudencial. Pero bástenos con extraer la consecuencia que a nuestros efectos se sigue de ella: si el mar territorial no forma parte del territorio municipal, mal puede hacerlo del de la Comunidad Autónoma a la que el Municipio pertenece. De ahí que la titularidad autonómica sobre el dominio público arqueológico no se extienda a los objetos hallados en el mar territorial, al no estar éste dentro del territorio de las Comunidades Autónomas litorales. Por lo que tienen que ser del dominio público estatal.

Sin embargo, la solución indicada no es conforme con lo dispuesto en las Leyes autonómicas, porque éstas son proclives a incluir en el dominio público arqueológico regional a los objetos hallados en las aguas, haciendo incluso mención algunas de ellas al mar territorial (para lo primero: art. 55 de la Ley de Galicia, art. 58 de la Ley de Valencia; para lo segundo: art. 49 de la Ley de las Islas Baleares; el art. 75 de la Ley de Cantabria utiliza el concepto de *aguas litorales*, aunque no cabe duda de que sus pretensiones son las mismas). Además, ¿qué sucede en la realidad?, ¿qué Administración pública ejerce normalmente las potestades de defensa y recuperación de oficio del dominio público arqueológico hallado en el mar territorial?, ¿qué Administración pública abona a un submarinista que encuentra casualmente un resto arqueológico en el mar territorial el premio que la legislación le concede? Las respuestas no parecen apuntar a la Administración del Estado. Y si es así, ¿cómo postular el dominio público estatal sobre los bienes arqueológicos hallados en el mar territorial si son las Comunidades Autónomas litorales quienes disponen de las competencias y facultades dominiales que se pueden ejercer en relación con los mismos? En definitiva, nos hallamos ante una situación en la que conviven dos elementos cuya conciliación no es sencilla: a pesar de que la regla es que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico, sobre los restos arqueológicos que en él se encuentren las Comunidades Autónomas ejercen todas las facultades inherentes a la titularidad dominial sobre aquéllos. Lo que es tanto como decir que se comportan como titulares de bienes de dominio público físicamente situados fuera de los límites del territorio al que se extiende su jurisdicción.

El desajuste jurídico que existe en este punto me parece evidente. Y, como todo desajuste jurídico, indeseable. Sería interesante que el legislador estatal lo resolviera, pero la dificultad estriba en acertar

con la dirección a tomar. A este propósito, cabe recordar que hay algún ejemplo de atribución a las Comunidades Autónomas de competencias de gestión sobre recursos del dominio público estatal siempre que no se encuentren en el subsuelo marino, lo que parece confirmar que, en efecto, el mar territorial no es territorio autonómico (31). Pero ¿sería factible una solución semejante en el caso que nos ocupa una vez que el Estado ha dejado hacer a las Comunidades Autónomas litorales y ha permitido que sus Leyes digan en este punto lo que dicen? ¿Sería más realista y eficaz asumir que la titularidad autonómica sobre los bienes arqueológicos llega hasta el límite exterior del mar territorial, aunque ello implicara contradecir la concepción que el Tribunal Supremo mantiene acerca de la extensión de los términos municipales? Porque es obvio que, de optarse por la segunda posibilidad, sería insostenible afirmar que los bienes arqueológicos hallados en el mar territorial son del dominio público autonómico y, a la vez, que el término municipal tropieza con y se detiene ante el mar territorial. Posibilidad que, por lo demás, no hay por qué rechazar *a priori*, aunque sí que, hoy por hoy, se vaya asentando al margen un pronunciamiento del legislador estatal.

Así, pues, que el legislador estatal decida. No ha querido hacerlo hasta ahora y de los polvos que ha levantado su silencio vienen los lodos que ahora nos confunden. Cualesquiera que sean los problemas de articulación que origina un Estado descentralizado como el nuestro, parece que a los poderes públicos se les puede exigir que hagan lo posible por resolverlos. Aquí ha quedado puesto de relieve uno. Menor, intrascendente y de cuarta fila comparado con otros; pero que ahí está, quién sabe si agazapado y aguardando a saltar el día menos pensado con motivo de cualquier conflicto inaudito. Y entonces, cuando los problemas reales reclamen atención urgente, quizá lamentemos no haber resuelto con claridad si la titularidad autonómica sobre el dominio público arqueológico se extiende o no hasta los confines del mar territorial.

(31) Cfr. los artículos 2.b) y 3.c) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Nótese que las Comunidades Autónomas son competentes para otorgar autorizaciones de exploración y permisos de investigación de hidrocarburos dentro de su ámbito territorial, mientras que el Estado lo es en todo caso en las zonas del subsuelo marino. ¿Parte acaso el legislador de que allá donde comienza el mar territorial concluye el territorio autonómico?

IV. LOS BIENES QUE FORMAN PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO

Aunque en la teoría de los *bienes culturales* de GIANNINI la disociación entre la cosa y el valor cultural sea esencial y el segundo constituya el elemento digno de protección por el Estado, es evidente que, salvando algunos de los bienes que integran el patrimonio etnográfico, el soporte físico del valor cultural es generalmente imprescindible. Lo es, desde luego, en el caso del dominio público arqueológico, porque para que exista es preciso que estén identificados unos objetos sobre cuyas características algún comentario cabe.

1. *La clave no es jurídica: la metodología arqueológica*

El artículo 44.1 de la Ley 16/1985 dice, recuerdo, 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». Y la lógica sugiere su conexión con el artículo 40.1, que, además de ser el primero de los que componen el Título dedicado a la ordenación jurídica del patrimonio arqueológico, establece lo siguiente:

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

Dado que los valores que poseen los bienes arqueológicos no difieren sustancialmente de los que tienen los demás bienes históricos, la clave de la identificación de los primeros se encuentra en el concepto de *metodología arqueológica*, sobre el que los juristas nada podemos decir salvo que a los efectos de la determinación del dominio público arqueológico es imprescindible que los objetos y restos materiales sean susceptibles de estudio por medio de dicha metodolo-

gía. Los especialistas han de precisar qué es ésta y los juristas limitarse a extraer las consecuencias jurídicas oportunas (32). Lo que no sólo no es grave, sino que no puede ser de otra manera. A la invención jurídica del dominio público arqueológico no puede seguir la de su objeto. Dejemos, en consecuencia, que los arqueólogos debatan acerca de la metodología de su trabajo y asumamos sus conclusiones.

Sí es evidente, o al menos me lo parece, que el empleo de la metodología arqueológica es absolutamente necesario para que se pueda hablar de dominio público arqueológico. El artículo 44.1 se ubica dentro del título correspondiente al patrimonio arqueológico y sólo a éste se refiere. Sería difícilmente explicable que una norma perteneciente al bloque regulador del patrimonio arqueológico pudiera desconectarse de éste hasta alcanzar a bienes diferentes. No obstante, durante el trámite parlamentario de la Ley 16/1985 se sostuvo por el representante del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, señor MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que el artículo 44.1 declara como bienes de dominio público «no solamente a los objetos arqueológicos, sino a todos aquellos que reúnen los valores propios del patrimonio histórico» a condición de que sean descubiertos en excavaciones, obras de cualquier naturaleza, remociones de terreno o por azar (33).

Tal planteamiento puede, en el mejor de los casos, ser indicativo de las pretensiones de la mayoría parlamentaria, pero no le acompaña la fortuna necesaria para ser tenido en cuenta. A la vista de la Ley 16/1985 cuesta trabajo creer que exista un dominio público de los bienes históricos que no sea el arqueológico, puesto que de dominio público sólo se habla en relación con los bienes del patrimonio arqueológico. Es cierto que el tenor literal del artículo 44.1 es ambiguo, pero ninguna norma puede ser extraída del contexto en el que se encuentra ni ser interpretada al margen de él. El artículo 44.1, dijera lo que dijera el representante de la mayoría parlamentaria en el Congreso de los Diputados, no se refiere a cualquier bien del patrimonio histórico, sino sólo a los que pueden ser estudiados con metodología arqueológica (34).

(32) Los juristas no podemos ni debemos adoptar otra actitud al respecto. Cfr. BARREIRO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, 234-235; SAINZ MORENO: *El régimen jurídico del patrimonio arqueológico*, cit., 38-39.

(33) *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios*, ed. cit., 437. Tal parece ser también la opinión de MOREU BALLONGA (*op. cit.*, 181), a mi juicio discutible, como acto seguido se razona en el texto.

(34) Estimo que otra interpretación no es razonablemente posible y que la regulación estatal es clara. Como prueba indiciaria traigo en mi apoyo que algunas Leyes autonómicas extraen del régimen jurídico del patrimonio etnográfico y aplican el propio del arqueológico a los bienes ligados a la actividad productiva, tecnológica e industrial que sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica. Se trata aquí de la llamada *arqueología*

2. *Extensión objetiva del dominio público arqueológico*

Supuesto el empleo de la metodología arqueológica, es relevante que no sea necesario que los bienes hayan sido extraídos para que formen parte del dominio público. Ello parece indicar que, aunque no se tenga noticia de los restos o vestigios, éstos son en cualquier caso dominiales. Pero, por maximalista, tal tesis es un punto irreal; no es fácil hablar del dominio público de cosas cuya existencia se desconoce ni aplicar a bienes ignorados el régimen jurídico de protección que el concepto de dominio público acarrea. Sin embargo, la expresión legal *hayan sido o no extraídos* tiene su importancia.

A saber si por suerte o por desgracia, los arqueólogos de verdad no suelen tener mucho que ver con los de las películas. Tampoco su actividad. Nadie pone en duda que la excavación y extracción de objetos es uno de sus cometidos más característicos, pero no es el único ni, siempre, el más importante. Hay, en efecto, actuaciones arqueológicas que no son excavaciones. Así lo refleja el artículo 41 de la Ley 16/1985, que distingue entre excavaciones y prospecciones arqueológicas, caracterizadas las segundas por ser exploraciones superficiales que, todo lo más, apuntan la existencia de bienes susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica (35). Es algo parecido a lo que sucede con muchos recursos minerales, que hay que investigarlos y descubrirlos antes de explotarlos. Y si la investigación de los recursos minerales es una actividad minera sin lugar a dudas, lo mismo sucede con las prospecciones, que son actuaciones arqueológicas en sentido propio. Pero a diferencia de la investigación de recursos minerales, dirigida a descubrirlos para luego extraerlos, las prospecciones arqueológicas no tienen por qué desembocar en una excavación. De hecho, diversos textos internacionales insisten en la conveniencia de no excavar ciertos lugares arqueológicos, lo que abunda en que la prospección arqueológica tiene sustantividad propia (36).

industrial, a la que más adelante haré alguna referencia; baste ahora con destacar que la metodología arqueológica es lo que prima. Vid. los artículos 66 de la Ley de Galicia y 97.6 de la Ley de Cantabria.

(35) Sobre las diferencias entre excavación y prospección, V. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ: *Teoría y método de la arqueología*, Madrid, Síntesis, 1989, 46 ss.; M. BENDALA GALÁN: «La arqueología de campo», en G. RIPOLL LÓPEZ (ed.): *Arqueología, hoy*, Madrid, UNED, 1992, 49 ss. Entre los juristas, ALVAREZ ALVAREZ: *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, cit., 746 ss. Algunas Leyes autonómicas son muy minuciosas en la determinación de las actuaciones arqueológicas y su definición; véase el artículo 47 de la Ley del País Vasco y, aunque menos detallado, el artículo 57 de la Ley de Galicia.

(36) Vid. los artículos 9 de la Recomendación de la UNESCO fruto de la reunión celebrada en Nueva Delhi en 1956; 2, punto b), del Convenio Europeo para la protección del

De ahí se sigue que hay vestigios y objetos de los que se tiene conocimiento, siquiera sea somero, a través de actuaciones que no persiguen su extracción. Que gracias a prospecciones se sabe de yacimientos o emplazamientos de cuyo contenido no hay noticia exacta, pero sí noticia de su existencia. A ellos se refiere, a mi juicio, el precepto legal, no a otros de los que nada se sabe, que son irrelevantes para el Derecho porque pertenecen al feudo de lo incógnito. 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. Lo que es coherente con la concepción dominante acerca del intrínseco valor científico de las prospecciones arqueológicas y con la idea, hoy generalmente asumida, de que no hay que extraer todo lo que se descubre. En la prospección se ha utilizado metodología arqueológica y se han localizado, es verdad que un poco a bulto, bienes arqueológicos. No han sido extraídos, pero son conocidos. Ingresan, por este solo motivo, en el dominio público.

Por lo demás, los hallazgos pueden ser fruto de cualesquiera actividades. El artículo 44.1 de la Ley habla del dominio público de los bienes descubiertos a consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. Parece que están cubiertas todas las hipótesis imaginables, pero no es así en realidad porque las prospecciones no son excavaciones, no implican remoción de tierras o ejecución de obras ni guardan relación con el azar. Y merced a las prospecciones, como se ha indicado, pueden ponerse de manifiesto restos arqueológicos cuya pertenencia al dominio público no es dudosa en la medida en que, de conformidad con el artículo 40.1, los objetos descubiertos pero no extraídos forman parte del patrimonio arqueológico (37). De ahí que hagan gala de mejor técnica las Leyes autonómicas que utilizan fórmulas en las cuales las prospecciones encajan sin dificultad (38), aunque no falte alguna, y no precisamente de las primeras, que permanece fiel al tenor del incompleto precepto estatal (art. 55.4 de la Ley de Extremadura).

patrimonio arqueológico; y 2, punto ii), de la Convención de Malta para la protección del patrimonio arqueológico de Europa. Todos los textos han sido citados ya.

(37) En puridad, habría que hablar de localización del emplazamiento de los bienes antes que del descubrimiento de los mismos, toda vez que las prospecciones no permiten la identificación de lo que existe en el yacimiento aunque den noticia de éste. No obstante, para la perspectiva jurídica la precisión no es relevante, por lo que prefiero utilizar en el texto expresiones más sencillas.

(38) Por ejemplo, artículo 47.1 de la Ley del País Vasco: bienes descubiertos «ya sea de forma casual o fruto de un trabajo sistemático dedicado a tal fin»; artículo 56.1 de la Ley de Galicia: objetos descubiertos «como consecuencia de excavaciones arqueológicas o cualquier otro trabajo sistemático, remoción de tierras, obras de cualquier índole, o de forma casual» (en términos prácticamente idénticos, el art. 82.1 de la Ley de Cantabria).

Sobre lo que sean descubrimientos por azar —cuya mención se introdujo en el artículo 44 a raíz de la aceptación parcial por la Ponencia de la enmienda número 109, presentada por el Grupo Popular—, parece obvio que han de producirse en el curso de una actividad ajena a cualquier clase de actuación arqueológica y, según algunas Leyes autonómicas, en lugares donde no pueda presumirse la existencia de bienes arqueológicos (arts. 65 de la Ley de Valencia, 85.1 de la de Cantabria y 43.2 de la de Madrid). Lo que está claro es que no cabe hablar de hallazgo casual si los restos se descubren con detectores de metales o artefactos similares, como ha entendido, correctamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1991 (Arz. 3472). Ello, desde luego, no afecta a la dominialidad de los objetos susceptibles de estudio a través de la metodología arqueológica, pero sí al derecho al premio en metálico a que se refiere el artículo 44.3, que sólo procede si el hallazgo es casual, no en otro caso. Y quien pasea por el monte provisto de un artilugio que permite la detección de restos arqueológicos y los encuentra, hará cualquier cosa excepto hallarlos casualmente (39).

El lugar donde los restos se encuentren es irrelevante a los efectos de la dominialidad. El artículo 40.1 de la Ley 16/1985 es exhaustivo: superficie, subsuelo, mar territorial y plataforma continental. Pero, por supuesto, el dominio público arqueológico se circunscribe a los objetos, no a su nicho natural, cuyo régimen jurídico será el que corresponda conforme a otras reglas. Esto es, y por ejemplo, el subsuelo no es de dominio público porque en él existan bienes arqueológicos, ni el mar territorial tampoco. Este es dominial porque lo impone el artículo 132.2 de la Constitución, y el primero lo será o no según lo que el ordenamiento ajeno al régimen jurídico de los bienes arqueológicos disponga. Por lo mismo, la declaración de una Zona Arqueológica (art. 15.5 de la Ley 16/1985) no comporta la dominialización del lugar o paraje, sin perjuicio de la posible aplicación de la técnica de la expropiación forzosa si se considera oportuno y de la sujeción de la Zona al régimen propio de los Bienes de Interés Cultural.

(39) Es verdad que la Sentencia citada tiene en cuenta que el hallazgo de un tesoro de la época celtibérica en Padilla de Duero (Valladolid) lo fue en una zona en la que se conocía la existencia de restos arqueológicos y que quien reclamó el derecho a premio presunía de tener conocimientos en la materia. Pero es importante que el Tribunal Supremo considere que quien utiliza un detector de metales no es un hallador casual, sino un descubridor fraudulento en la medida en que actúe sin permiso. Dicho sea incidentalmente, la Ley estatal ignora el tema de los detectores de metales, sobre cuyo empleo no autorizado ha mostrado su preocupación la Recomendación 921 (1981), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 3 de julio de 1981. La laguna ha sido colmada en algunas Comunidades Autónomas cuyas Leyes prohíben inequívocamente el uso de tales artefactos sin previa autorización administrativa. Cfr. los artículos 17 de la Ley de Castilla-La Mancha, 44 de la Ley de Madrid, 78.2 de la Ley de Cantabria y 56 de la Ley de Extremadura.

Importa recordar en este apartado que durante el trámite parlamentario de la Ley se intentó excluir del dominio público a los bienes arqueológicos que tuvieran menos de cien años de antigüedad, aduciéndose que, en tal supuesto, la memoria no se ha perdido y es factible indentificar al dueño (40). En nuestro Derecho ha sido tradicional vincular la pertenencia de un bien al patrimonio histórico a su antigüedad no menor a un siglo (art. 1 de la Ley de 13 de mayo de 1933), pero en la pretensión aludida subyacía más bien el eco de la construcción clásica de la prescripción inmemorial (41), habiendo puesto por escrito años después el entonces Diputado enmendante que la cifra centenaria que se proponía guardaba relación con ambos fundamentos (42). La propuesta, como es conocido, no prosperó, aduciéndose por el representante de la mayoría parlamentaria que lo decisivo en el dominio público arqueológico no es la antigüedad de los bienes, sino que posean los valores a que se refiere el artículo 1 de la Ley y que hayan sido descubiertos de alguna de las formas que la norma contempla, que presuponen su previo desconocimiento.

Si es cierto que el dato de una antigüedad superior a cien años subsiste en el ordenamiento de los bienes arqueológicos, aunque a propósito de otras cosas (43), acierta el artículo 44.1 de la Ley al eludirlo. Si la opción en favor del dominio público arqueológico tiene en su base pretensiones proteccionistas de cualesquiera bienes arqueológicos que reúnan los valores característicos del patrimonio histórico, es inconsecuente levantar una frontera centenaria con el objeto de delimitar cuáles forman parte del dominio público arqueológico y cuáles no, porque su valor e interés no dependen de su edad. Además, la introducción de un referente cronológico, siquiera sea a los limitados efectos pretendidos, en una Ley que prescinde por

(40) Así, el Diputado del Grupo Popular ALVAREZ ALVAREZ; vid. *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios*, cit., 307-308, 435-436. La réplica del representante del Grupo Socialista que se menciona un poco más adelante, en 308-309, 436-437.

(41) Sobre la que hay que consultar E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1974 (2.^a ed.), 24 ss.

(42) ALVAREZ ALVAREZ: *Estudios*, cit., 789. Dice ahí el autor que «la presunción de ignorancia del dueño es mucho más fuerte después de un siglo de olvido, y en cambio es muy más (*sic*) fácil determinar el titular y seguir las transmisiones en periodos más cortos que el siglo». Por cierto que el artículo 50 del Proyecto de Ley reguladora de la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico Español, publicado en el «BOCG» de 14 de septiembre de 1981 (serie A, número 207-1), contemplaba la fórmula que el, a la sazón, Diputado ALVAREZ pretendía que asumiera la actual ordenación legal de los bienes arqueológicos.

(43) Además de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 16/1985, recuérdese la legislación reguladora de la restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, que afecta sólo a los bienes arqueológicos de más de cien años de antigüedad aunque, por contraste, su valor mínimo es cero a los efectos del ejercicio por el Estado de la acción de restitución. Sobre la normativa europea y nacional en la materia procede remitir al lector a L. MARTÍN REBOLLO: *El comercio del arte y la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994.

completo de él en la determinación de los bienes que regula sería perturbadora.

Por otro lado, si la Ley 16/1985 deroga las reglas comunes relativas a la atribución de la propiedad del tesoro oculto (art. 351 CC), ningún sentido tiene exceptuar la derogación a causa de la antigüedad del hallazgo. Si de conformidad con los criterios civiles los restos arqueológicos carecen de dueño antes de ser descubiertos, ¿qué memoria puede remontarse cien años atrás e identificar al propietario actual de los mismos? Ninguna porque ningún propietario se puede reconocer antes del descubrimiento del tesoro oculto dado que, en la lógica del artículo 351 del Código Civil, la adquisición se produce en el momento del hallazgo, no antes (44). La Ley parte de que los objetos eran ignorados hasta su descubrimiento (que no necesariamente su extracción) y si hasta entonces han carecido de dueño, ninguna propiedad se puede reconocer una vez que se opta por orillar lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.

Distinto es el caso de bienes ya descubiertos, sobre los que alguien puede acreditar un derecho de propiedad y cuya existencia ha permanecido para terceros, por las razones que sean, en el arcano. En tal hipótesis, si se prueba que el descubrimiento ha tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 16/1985, habrán de aplicarse las reglas comunes (45). Pero la Ley, que no prejuzga la titularidad de los bienes arqueológicos puestos de manifiesto antes de su entrada en vigor, no piensa en una hipótesis semejante, sino en la común, ordinaria y normal. Esto es, en el hallazgo de objetos o vestigios hasta entonces ignorados por todos, debiéndose resolver los demás supuestos de conformidad con las reglas jurídicas al uso. Por lo mismo, si alguien prueba su dominio sobre los bienes que se descubren, ya no se trata de un tesoro en el sentido del artículo 351 del Código Civil (46), de donde se sigue que el régimen especial del 44.1 de la Ley 16/1985 no es operativo, pues mal puede desplazarse una regulación que no es aplicable por faltar su presupuesto; esto es, por existir dueño acreditado de los objetos descubiertos. En resumen, los casos conflictivos pueden resolverse sin necesidad de aludir a plazo alguno

(44) Para la interpretación del artículo 351 del Código Civil, vid. F. PANTALEÓN PRIETO, en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR CODERCH (Dir.): *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993 (2.ª ed.), 985 ss.

(45) Aquí encajaría el supuesto que comenta PANTALEÓN: cabe considerar ya descubierto un tesoro, «por dejar de ser ignorado, cuando el *dominus loci* llega a conocer la existencia y exacta ubicación del mismo, bien por sus propios medios (descubrimiento *in suo*), bien por las informaciones de otro sujeto (descubrimiento *in alieno*), aunque aquél decida seguirlo conservando oculto en su escondrijo».

(46) Vid. diversos ejemplos en el comentario de PANTALEÓN al artículo 352, en la obra colectiva citada, 989-990.

de cien años; también percatándose de que el dominio público no es posible si hay dueños conocidos (47).

Cambiando de tercio, ¿son de dominio público las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre, lugares que el artículo 40.2 de la Ley 16/1985 declara Bienes de Interés Cultural? La respuesta no depende de que a tales espacios se aplique la categoría representativa del mayor grado de protección que dispensa la Ley 16/1985 puesto que, como se ha indicado al principio, el régimen jurídico de los bienes históricos se organiza al margen de su titularidad. Ello quiere decir que la naturaleza jurídica de las cuevas, abrigos y lugares que contienen manifestaciones de arte rupestre es la misma que antes de la entrada en vigor de la Ley estatal. Ahora bien, no es descartable que el hallazgo de manifestaciones de arte rupestre atraiga a la dominialidad si el lugar en el que están no es de propiedad privada. Puesto que tales manifestaciones son susceptibles de estudio mediante la metodología arqueológica, concurre el elemento objetivo al que el artículo 40.1 de la Ley se refiere. Sería conveniente, no obstante, deslindar con cuidado el perímetro dominial para no llevarlo más lejos de lo necesario. Y ello en el bien entendido de que una declaración de Zona Arqueológica no implica el dominio público de los espacios afectados por ella.

El caso de las cuevas merece una mención especial. Si, como se conviene generalmente, la extensión vertical del dominio no pasa del punto donde alcanza la posibilidad real de utilización y el interés razonablemente tutelado del propietario (48), al menos en teoría es predicable el dominio público de los espacios cavernosos que contengan manifestaciones de arte rupestre situados más allá de dicho punto, con independencia de los derechos del dueño de la superficie (49).

(47) Me parece innecesaria la mención que hace el artículo 65.1 de la Ley de Valencia a que no conste la legítima pertenencia de los objetos y restos arqueológicos producto de hallazgos casuales para que puedan pertenecer al dominio público. Si dicha pertenencia consta, no hay dominio público, salvo que los bienes se expropian, por lo que ninguna precisión hace falta. No obstante, MOREU sostiene que una referencia similar sería conveniente; vid. su *op. cit.*, 186. Por otro lado, ALVAREZ ALVAREZ: *op. cit.*, 798 ss., entiende que la excepción a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 16/1985 contenida en su apartado 5 (el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural) trae causa en que tales objetos tienen ya un dueño conocido. De ahí que, en puridad, tampoco esta excepción sea necesaria.

(48) Cfr. V. MONTES PENADES: «Artículo 351», en el ya citado *Comentario del Código Civil*, tomo I, 982 ss.; L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, Madrid, Civitas, 1995, 200.

(49) Cuestión distinta es la de si, con carácter general, cabe predicar el dominio público del subsuelo al que no alcanzan los derechos del propietario de la superficie. Sobre el particular, A. NIETO: «El subsuelo urbanístico», en J. M. BOQUERA OLIVER: *Derecho urbanístico local*, Madrid, Civitas, 1992, 395; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La propiedad urbanística del suelo, el suelo y el subsuelo*, «RVAP», 41, 1995 (número en memoria de Pedro M. LARUMBE BIURRÚN), 592-593.

Pero en la hipótesis de que una cueva contenga manifestaciones de arte rupestre y la dominialidad pueda afirmarse sin problemas, ¿alcanza ésta a toda la cavidad o sólo al lugar donde se hallan dichas manifestaciones y al entorno necesario para su protección? Téngase en cuenta que el desarrollo de una cueva puede alcanzar muchos kilómetros y que lo normal será que los restos estén concentrados en cierto lugar, no muy lejos de alguna de las bocas de entrada (50). En tales condiciones, ¿tiene sentido aplicar el concepto de dominio público a toda la caverna sólo porque en un rincón de la misma existen manifestaciones de arte rupestre? Evidentemente, no. La deseable tutela de los bienes arqueológicos no puede conducir a la adopción de soluciones poco razonables. La cuidadosa delimitación de esta suerte de dominio público troglodítico parece imprescindible para no extenderlo más allá de lo necesario, aunque ello implique compartimentar el régimen jurídico de una caverna (51). Lo que, por otro lado, no es grave ni desconocido. Ya se ha dicho que los derechos del propietario del fundo tienen un límite subterráneo. Tampoco es impertinente recordar que el dominio público de los acuíferos subterráneos no se extiende más allá de las formaciones geológicas que contienen agua, o la han contenido, y por las cuales el agua puede fluir (arts. 12 de la Ley de Aguas y 15.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). De donde se sigue que dentro de una misma cavidad pueden convivir regímenes jurídicos diferentes, cada uno en su tramo.

Por último, recordemos que el artículo 40.1 de la Ley 16/1985 dice que también forman parte del patrimonio arqueológico «los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes o antecedentes» (52). El primer problema que dicha mención suscita es el de si tales elementos son susceptibles de estudio con metodología arqueológica o no, porque en caso de ser precisa una metodología diferente a la arqueológica habrá que admitir que el legislador incorpora una excepción al criterio general que

(50) A título de ejemplo: la Cueva Fresca, en Soba (Cantabria), tiene un desarrollo de 25.353 metros, habiéndose hallado en su vestíbulo objetos y manifestaciones de arte rupestre. La referencia, que es sólo una más de las que pueden entresacarse, en J. LEÓN GARCÍA: *Cantabria subterránea. Catálogo de las grandes cavidades*, Santander, Gobierno de Cantabria, 1997, tomo II, 304 y 310.

(51) MOREU estima, en su *op. cit.*, 207, que la Ley incluye en el dominio público a la cueva misma como bien más amplio «que la superficie estrictamente cubierta por las pinturas rupestres». El ejemplo indicado en la nota precedente aconseja, me parece, alguna cautela.

(52) ALVAREZ ALVAREZ (*Estudios. cit.*, 742-743) recuerda que en nuestro Derecho ha sido tradicional la referencia a los restos paleontológicos, aunque sin incluirlos en el patrimonio arqueológico, constituyendo una novedad de la Ley 16/1985 la alusión a los elementos geológicos.

preside el artículo 40.1 de la Ley (53). Y el segundo, ¿son de dominio público?

Entre los valores propios del patrimonio histórico español no se encuentran los geológicos (art. 1.2 de la Ley 16/1985), lo que tiene su explicación pues, sin mengua de la importancia de la Geología en las actuaciones arqueológicas, no revela hábitos culturales, sino que suministra informaciones complementarias, generalmente ambientales y climáticas (54). No voy a discutir si el artículo 40.1 de la Ley acierta o no al incluir en el patrimonio arqueológico a los elementos geológicos a que se refiere, pero todo aconseja excluirlos de un dominio público que tiene en su base el componente cultural de unos restos u objetos susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica. Ciertamente que los hábitos culturales dependen mucho del hábitat natural, pero al patrimonio histórico no le interesan las causas naturales de los comportamientos humanos, sino éstos mismos (55).

En cambio, los valores paleontológicos se incluyen dentro de los que determinan la pertenencia de un objeto al patrimonio histórico español, y como forman parte del patrimonio arqueológico los elementos que los incorporan, en la medida en que estén relacionados con la historia del hombre, sus orígenes o antecedentes, parece que respecto de ellos sí cabe hablar de dominialidad de la misma forma que de los bienes arqueológicos propiamente dichos (56). A este propósito, conviene tener en cuenta que está adquiriendo carta de naturaleza desde hace unos años la llamada *arqueozoología*, o estudio de los restos fósiles faunísticos procedentes de los sitios arqueológicos (57). No entro, naturalmente, en un campo que no me corresponde; me limito a indicar que si las investigaciones arqueozoológicas analizan las relaciones de la fauna con la vida del hombre, lo que es tanto como analizar un aspecto esencial de la vida de los anti-

(53) Entre los especialistas se considera que los análisis geológicos y paleontológicos, si necesarios en numerosas actuaciones arqueológicas, deben ser asumidos por expertos distintos de los arqueólogos. Lo que es, me parece, indicativo de cuál puede ser la solución al problema apuntado en el texto. Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, 187-188.

(54) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, 188 ss.

(55) No es inoportuno advertir que el concepto de cultura está íntimamente ligado a la actividad del hombre, tanto en su formulación antropológica como en su dimensión jurídica, aunque una y otra no coincidan del todo, motivo por el cual los fenómenos externos a dicho comportamiento, si bien influyen sobre él, parece que han de quedar fuera de la órbita jurídica del patrimonio arqueológico. Acerca del concepto aludido, J. PRIETO DE PEDRO: *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, CEC, 1993, 23 ss.; M. VAQUER CABALLERÍA: *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, Ceura-Universidad Carlos III, 1998, 91 ss.

(56) Cabe recordar que, por ejemplo, la Ley de Valencia individualiza al patrimonio paleontológico, integrado por los bienes muebles y yacimientos que contengan fósiles de interés relevante (art. 58.2), pero lo somete al mismo régimen jurídico que el arqueológico.

(57) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, 196 ss.; M. D. ASOLERINO: «Arqueozoología: métodos y resultados», en G. RIPOLL LÓPEZ (dir.): *Arqueología, hoy*, cit., 199 ss.

guos y de sus modos de conducirse, es fácil que, jurídicamente, se den las condiciones justificativas de la inclusión de los elementos que estudia en la misma categoría que cualesquiera otros arqueológicos. Aquí estamos hablando de comportamientos humanos de los que dan fe no elementos geológicos indicativos de un contexto, sino restos fósiles cuya existencia tiene que ver con la acción y presencia del hombre. Lo que tiene relevancia cultural, pues apunta a los animales que se cazaban, a los que servían de alimento, vestido y sus restos óseos de utillaje, y a los que se domesticaban. Es decir, todo un indicador económico.

3. *Precisiones que aporta la legislación autonómica*

En diversas Leyes autonómicas se mencionan elementos que no aparecen citados en la Ley estatal. Lo que suscita la pregunta de si de ahí deriva una extensión objetiva del dominio público arqueológico. Detengámonos en dos supuestos significativos.

Tanto la Ley de Cantabria (art. 75) como la de las Islas Baleares (art. 49) aluden, siquiera sea con fórmulas diferentes, a elementos ambientales. El primero habla de toda la información medioambiental relacionada con la actividad humana, que dice integrada en el patrimonio arqueológico de la Comunidad Autónoma; el segundo hace lo propio con «las muestras ecoarqueológicas extraídas en yacimientos arqueológicos que no hayan de ser destruidas una vez analizadas científicamente». No parece, sin embargo, que de ahí se siga una ampliación del dominio público arqueológico, toda vez que, si no me equivoco, las Leyes mencionadas se están refiriendo al análisis de la información medioambiental existente en el lugar de las actuaciones arqueológicas. Lo que nada tiene que ver con el dominio público de los objetos y restos materiales que forman parte del patrimonio arqueológico. Que dicha información medioambiental sea necesaria para un mejor análisis científico de los vestigios arqueológicos no significa que su tratamiento jurídico deba equipararse al de éstos. Además, la información medioambiental, si suministra datos culturales, se refiere a cuestiones externas al comportamiento humano y, en fin, lo normal será que del análisis científico de los vestigios ambientales se siga su destrucción.

Más interesante es la referencia en las Leyes autonómicas a la llamada *arqueología industrial*. Hablan de ella, de una forma u otra pero siempre inequívocamente, los artículos 66 de la Ley de Galicia, 47 de la Ley de Madrid, 97 de la Ley de Cantabria, 68 de la Ley de las Islas Baleares, 73 de la de Aragón y 58 de la de Extremadura. El le-

gislador estatal omite cualquier alusión al particular, y eso que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hace años que ha aprobado la Recomendación 872 (1979), sobre arqueología industrial, enfatizando el interés científico, estético y sociológico de la materia, su utilidad para el conocimiento de problemas actuales y «lamentando la ausencia en la mayoría de los países de una aproximación al tema coordinada y estructurada». No obstante, estamos ante una vertiente de la arqueología de gran pujanza (58) a la que es lógico que las Leyes autonómicas hayan prestado atención. Además, bueno es tener en cuenta que los arqueólogos no circunscriben su trabajo sólo a la Prehistoria o a la Historia Antigua, sino que se ocupan también, y con frecuencia, de etapas muy posteriores.

En términos jurídicos, la elusión en la Ley 16/1985 de cualquier referente cronológico en la determinación de los bienes que forman parte del patrimonio histórico en general, y del arqueológico en particular, facilita que dentro del ámbito de la Ley se incluyan muestras culturales relativamente recientes. Ahí entra la arqueología industrial, no contemplada, como he dicho, por la Ley estatal, pero tampoco rechazada por ella puesto que su silencio no puede interpretarse como desdén. Más parece un descuido que otra cosa. Además, que la Ley 16/1985 no aluda a la arqueología industrial no quiere decir que los bienes que son vestigios del pasado técnico, industrial o productivo no formen parte del dominio público. Lo harán si son susceptibles de estudio con metodología arqueológica, como algunas Leyes autonómicas apuntan (Galicia, Cantabria, Aragón), confirmando que eso es lo más importante.

V. UN APUNTE FINAL SOBRE LA RECUPERACIÓN DE OFICIO DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS: LA LEY DE CANTABRIA, EL DOMINIO PÚBLICO ARQUEOLÓGICO Y LA LEY DE EXCAVACIONES DE 1911

Cuando el artículo 44.1 de la Ley 16/1985 crea el dominio público arqueológico, apela a un régimen jurídico cuyos elementos esenciales son tan conocidos que no merece la pena que nos detengamos en ellos ni siquiera un momento. Sí, en cambio, puede ser interesante, para terminar, aludir a una cuestión que ha quedado al descubierto en alguna regulación autonómica y puede ser fuente de problemas.

No cabe duda de que los bienes que integran el dominio público

(58) Véase X. BARRAL I ALTET: «Arqueología industrial o Arqueología del mundo moderno y contemporáneo», en el volumen, ya citado, *Arqueología, hoy*, 175 ss.; E. CABANELLES RAHOLA: *Recuperación y uso del patrimonio industrial*, «Abaco», 19, 1998, 11 ss.

arqueológico pueden ser recuperados de oficio conforme a las reglas al uso, pero para que ello sea así es preciso, justamente, que sean de dominio público. Digo esto porque una Ley autonómica se ha excedido en su celo protector del patrimonio arqueológico y ha atribuido, al menos en apariencia, potestades a la Administración regional que, si comunes y ordinarias para la protección del dominio público, son inutilizables en otro caso. Me refiero a la Ley de Cantabria, cuya Disposición Transitoria Cuarta, punto 2, precisa que los restos y vestigios arqueológicos en manos privadas que sean de dominio público en razón de la legislación aplicable en el momento de su adquisición deberán entregarse a la Administración regional en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley o depositarse en el Museo Arqueológico Regional. De no hacerse así, la norma habilita a la Administración autonómica para, previo requerimiento, recuperarlos de oficio.

Si bien se mira, dicha Disposición no es para asustarse. Las hay muy parecidas en las Leyes de Madrid y de Canarias y su interpretación es fácil de hacer. Como quiera que las Leyes regionales que declaran el dominio público autonómico de los bienes arqueológicos son unos cuantos años posteriores a la Ley estatal, lo que prescriben no es otra cosa que una medida defensiva del dominio público arqueológico cuya eficacia se remonta en el tiempo a la entrada en vigor de la Ley 16/1985. Esto es, atribuyen a la Administración autonómica una potestad inherente a la titularidad dominial, dando a entender que su ejercicio procede respecto de cualesquiera bienes o vestigios hallados y apropiados una vez existente el dominio público arqueológico. Es decir, desde la Ley 16/1985. De esta forma, la tardanza en la aprobación de las normas autonómicas y en la atribución a las Administraciones regionales de la titularidad dominial sobre estos bienes no impide que la potestad de recuperación de oficio pueda utilizarse frente a cualquiera que, una vez vigente la Ley estatal, se haya apoderado ilegalmente de un bien de dominio público. Lo que es razonable y digno de aplauso. Más aún, cabría incluso entender que previsiones semejantes son de aplicación a los bienes arqueológicos que, por las razones que fueren, eran de dominio público antes de la Ley de 1985, lo que sería coherente con su imprescriptibilidad.

La Ley de Cantabria, sin embargo, pretende ir más lejos. A la Disposición citada hay que añadir su artículo 86.1, conforme al cual:

«Los poseedores de objetos arqueológicos pertenecientes al Patrimonio Cultural de Cantabria, sean personas privadas o entes públicos de cualquier naturale-

za, tienen el deber de declarar la existencia de los objetos que por cualquier circunstancia posean con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en la forma y plazo que se determinan en la disposición transitoria cuarta de esta Ley, así como de entregarlos en los supuestos previstos en el apartado 2 de dicha disposición transitoria. Los efectos de retroactividad tendrán como límite el de 1911, año en que se promulgó la Ley de Excavaciones y Antigüedades.»

Aunque es verdad que la Exposición de Motivos de la Ley de Canarias dice que el dominio público de los bienes arqueológicos se remonta a la Ley de 1911, creo que sólo la de Cantabria ha apurado las consecuencias de tan errónea concepción. No es descartable, lo he dicho más de una vez, que antes de la Ley 16/1985 pudieran existir bienes arqueológicos concretos y singulares que fueran de dominio público por aplicación de lo dispuesto en el ordenamiento; pero la Ley de Excavaciones de 1911 no crea el dominio público arqueológico, sino la del Patrimonio Histórico Español de 1985. Creación que se hace respetando las titularidades privadas preexistentes, que prefieren no tocarse cualquiera que haya sido su origen. La Ley de Cantabria parece ignorarlo, puesto que del precepto transcrito se desprende que el legislador autonómico cree que el dominio público arqueológico existe desde 1911, atribuye su creación a una Ley de la que en absoluto se puede extraer una consecuencia semejante y habilita a la Administración regional para recuperar de oficio los bienes.

A mi modo de ver, si la Ley de Cantabria pretende atribuir a la Administración la potestad de recuperación de oficio de cualesquiera bienes arqueológicos en manos privadas desde la promulgación de Ley de Excavaciones de 1911, está contemplando, en realidad, una privación expropiatoria sin la debida contrapartida indemnizatoria, excepto, por supuesto, que la potestad se ejercite sobre los bienes que, efectivamente, fueran de dominio público antes de la Ley 16/1985. Los problemas que la aplicación de tal regulación puede crear, si es que alguna vez se lleva a la práctica, son notorios. A este propósito, conviene recordar que se ha afirmado, y con razón, que el régimen del deslinde administrativo previsto en la Ley de Vías Pecuarias, sustancialmente idéntico al del artículo 13 de la Ley de Costas, es dudosamente constitucional por no venir acompañado de una previsión compensatoria, motivo por el cual «los antiguos caminos o vías pecuarias que hubieran sido adquiridos por los particulares según la anterior normativa se mantendrán en su anterior situación a

menos que mediara un procedimiento expropiatorio formal» (59). Lo mismo cabe predicar, a mi juicio, de la disposición legal que se comenta. De ahí que el empleo de la potestad de recuperación de oficio proceda jurídicamente sólo respecto de los concretos bienes arqueológicos cuya demanialidad se haya anticipado a la Ley 16/1985, pero no respecto de todos los bienes arqueológicos en manos privadas desde la Ley de 1911 porque ésta, insisto, no alumbra al dominio público arqueológico. Tales bienes podrán ser expropiados de conformidad con las reglas comunes, pero nada más.

(59) L. MARTÍN REBOLLO: «Régimen jurídico de los caminos», en *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. MARIENHOFF*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, 1133-1135.

