

Área temática 1

1.26. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA: UN NUEVO RETO PARA LA GOBERNANZA DEL ESPACIO MARÍTIMO

R. Leñero Bohórquez

© 2012 Los autores.

Prohibida su reproducción en cualquier medio sin mencionar su fuente o su utilización con objetivos comerciales sin la autorización previa por parte de sus autores.

Los responsables de la presente publicación agradecen la desinteresada colaboración de los ponentes y de los asistentes al Congreso de Gestión Integrada de Áreas Litorales, GIAL 2012, celebrado en Cádiz (España) del 25 al 27 de enero de 2012.

Grupo de Investigación en Gestión Integrada de Áreas Litorales, Universidad de Cádiz, España: www.gestioncostera.es

También en el blog del Congreso, en www.gial2012.com

Cualquier sugerencia u observación, rogamos la hagan llegar al Grupo a través de cualquiera de ambos canales telemáticos.

1.26. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA: UN NUEVO RETO PARA LA GOBERNANZA DEL ESPACIO MARÍTIMO

R. Leñero Bohórquez

Área de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva. Campus El Carmen, 21071, Huelva, España, rolebo@uhu.es

Palabras clave: Patrimonio cultural subacuático, instituciones, cooperación y coordinación, normativa

RESUMEN

La gestión del patrimonio cultural subacuático introduce una notable complejidad en la gobernanza de los espacios marítimos. Desde una perspectiva intranacional, en el caso de España, la gestión del patrimonio cultural subacuático viene marcada por la falta de determinación explícita en el nivel legislativo de la instancia territorial competente para la gestión y por una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que realiza, con carácter general, una lectura muy restringida de la proyección de las competencias autonómicas sobre los espacios marítimos. Ello ha propiciado un escenario de inseguridad jurídica y una desigual respuesta de las Comunidades Autónomas costeras en la adopción de iniciativas para la protección de estos bienes.

A ello se añade, desde una perspectiva internacional, la limitación de las competencias de los Estados costeros a la gestión de los *recursos naturales* sitos en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar (CNUDM), con exclusión de los bienes integrantes del patrimonio cultural subacuático. La Convención UNESCO para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (CPPCS) preserva los precarios equilibrios alcanzados en la CNUDM y fija un régimen de consultas y cooperación internacional para las actividades que se dirijan directamente sobre los bienes del patrimonio cultural subacuático sitos en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva. Ello limita las posibilidades de gestión unilateral por parte del Estado costero a la adopción de medidas frente a peligros inmediatos de destrucción y a evitar que las actividades que quedan bajo su jurisdicción – por conexión con las facultades reconocidas sobre los recursos naturales en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva por el Derecho Internacional del Mar- puedan afectar negativamente a los bienes del patrimonio cultural subacuático.

Estos condicionantes normativos abocan a la previsión de elementos de coordinación y cooperación internacional en el diseño de cualquier instrumento de planificación y gestión de los recursos ubicados en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva que pretenda contemplar una gestión en positivo –y no meramente defensiva- del patrimonio cultural subacuático.

1. INTRODUCCIÓN

Los bienes que integran el patrimonio cultural subacuático (en adelante, PCS), como manifestación de las formas de vida de los seres humanos, han formado siempre parte de nuestro entorno: desde que se surcan los océanos, se explotan sus recursos o desde que las primeras comunidades humanas se asentaron en zonas litorales. Sin embargo, su emergencia como objeto de Derecho, bajo la consideración unitaria de “patrimonio cultural”, es decir, como un ámbito material merecedor de un tratamiento jurídico específico que garantice la realización de los valores culturales que estos bienes incorporan, constituye un fenómeno reciente. Las propias características de los bienes que integran el PCS explican la novedad de su regulación. En primer lugar y, con carácter general, ha sido necesario que precipitara el concepto de patrimonio vinculado a la cultura, como testimonio material de la civilización, tal y como expresara el informe final de la Comisión Franceschini en 1967¹, cuya impronta en la definición de los bienes culturales es apreciable en tratados y legislaciones de nuestro entorno jurídico. Es decir, era necesario que la noción de patrimonio superara la visión tradicional que ligaba la cultura a las grandes manifestaciones artísticas y, por influjo de la antropología, acogiera aquellos testimonios que dan cuenta en sentido amplio de la vida de las comunidades humanas, de su relación y adaptación al entorno. En este sentido, rara vez el PCS está integrado por bienes que pertenezcan a lo que se suele llamar “alta cultura”, sino que usualmente nos habla de relaciones comerciales, de intercambio, de la vida anónima de las gentes del mar de todas las épocas.

En segundo lugar, los progresos en los medios técnicos de inmersión, en especial desde el último cuarto del siglo pasado, han permitido llegar a cotas submarinas desconocidas y facilitar el acceso a bienes del PCS que, hasta ese momento, habían quedado fuera de alcance. Con frecuencia, los medios más sofisticados han estado en manos de empresas interesadas en la explotación comercial de los restos, las cuales han emprendido campañas de recuperación para la venta de objetos históricos en casas de subastas internacionales. Este tipo de operaciones, de la que los medios de comunicación han dado buena cuenta (no en vano, forma parte de la estrategia de marketing de estas compañías la difusión, con tintes épicos y aventureros, de las labores de localización y extracción del “tesoro” sumergido) han constituido una de las más significativas amenazas al PCS por cuanto se ejecutan al margen de los cánones y protocolos que impone la investigación arqueológica y conducen a la dispersión de los bienes que integran el yacimiento arqueológico submarino, con pérdida irreparable de información científica. A ello se añade la presión sobre los espacios marítimos como áreas para la implantación de nuevas actividades económicas, fundamentalmente ligadas a la explotación de los recursos naturales (nuevas técnicas de pesca intensiva y acuicultura, extracción de combustibles fósiles, instalación de aerogeneradores, etc).

En definitiva, los bienes del PCS han salido de la situación de apacible olvido en la que se encontraban, ya fuera porque no suscitaban interés o porque, hasta fecha reciente, las limitaciones técnicas impedían una “colonización” del mar por el hombre en términos análogos a la operada en tierra firme. Se ha hecho evidente, por tanto, la necesidad de proteger el PCS para preservar su funcionalidad como fuente de información histórica y cultural sobre el pasado de la humanidad.

Resulta obvio que el medio en el que se ubica el PCS condicione necesariamente el contenido material del régimen de protección y de gestión. Así, por ejemplo, el principio de conservación *in situ*, aunque en la actualidad sea predicable de todo el patrimonio arqueológico², en relación con el PCS adquiere una importancia cualificada al constituir una condición para la pervivencia de ciertos

¹ La “Relazione della Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio” es el informe elaborado por la Comisión presidida por Francesco Franceschini que, por encargo del legislativo, debía analizar necesidades que afectaban a la tutela y protección de los bienes con valor cultural. Puede consultarse en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 1966, págs. 119-244.

² Así lo recoge el Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico, en su versión revisada de 1992 (art. 4.ii).

restos, debido al deterioro físico que sufren los bienes cuando son extraídos del medio marino tras haber permanecido largo tiempo sumergidos.

Pero el PCS, además de demandar un régimen sustantivo especial, presenta dificultades añadidas para su gestión cuando se ubica en los espacios marítimos. Estos problemas tienen, de una parte, una causa jurídica “interna”, en el esquema de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas y, por ende, en la ausencia de un marco normativo que defina instrumentos para la ordenación integral de los espacios marítimos, con una clara determinación de las competencias y responsabilidades de las distintas administraciones implicadas. De otra parte, existe una causa jurídica “externa”, que deriva de la modulación por el Derecho internacional de los poderes del Estado costero en los espacios marítimos adyacentes más allá del mar territorial. En las páginas que siguen me propongo desarrollar de modo necesariamente sintético, dadas las características de este formato, las ideas que se apuntan. Para ello, en primer término, me ocuparé de la consideración que efectúa la legislación de patrimonio cultural de estos bienes, valorando la eficacia de los instrumentos de protección que se ofrecen. En segundo lugar, describiré brevemente la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio de competencias autonómicas sobre espacios marítimos como paso previo al análisis desde la perspectiva del PCS. En tercer lugar, antes de formular las conclusiones finales, expondré los datos de Derecho internacional a tener en cuenta al abordar la ordenación de los espacios marítimos con afectación del PCS.

2. EL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO COMO PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO: LA INADECUACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE YACIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL ESPAÑOLA

Como he señalado anteriormente, la consagración de un concepto amplio, holístico, de patrimonio histórico o cultural constituye el presupuesto para el reconocimiento legislativo del PCS. La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE) no sólo adopta este concepto amplio sino que contiene referencias específicas a los bienes culturales sumergidos. Concretamente, en la definición del patrimonio arqueológico, constituido por “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*” (art. 40.1 LPHE). El PCS, por tanto, es patrimonio arqueológico, en la medida en que con independencia de su singular ubicación, resulta cualificado por su carácter de instrumento para el conocimiento del pasado y la cultura de la humanidad y requiere, para el despliegue efectivo de su funcionalidad, ser investigado de acuerdo con los métodos propios de la ciencia arqueológica (BARCELONA LLOP, 2006). Ese es, en primer término, el sentido del régimen específico diseñado para la protección del patrimonio arqueológico, por contraste con el resto de bienes que integran el patrimonio cultural: pretende asegurar que constituya un sustrato material adecuado para la investigación arqueológica preservando la integridad de su significación histórico-cultural. Formulado inversamente: la investigación científica del patrimonio arqueológico constituye el presupuesto para la valorización de estos bienes (RODRÍGUEZ TEMIÑO, 2009). Dentro del escueto régimen que ofrece la LPHE, dos de las actividades que tradicionalmente han caracterizado la investigación arqueológica –la excavación y la prospección superficial– quedan sometidas a intervención administrativa mediante la exigencia de autorización previa para la ejecución de estas actividades. Su regulación contempla expresamente su realización en medios subacuáticos (art. 41.1 y 2 LPHE).

Junto a la intervención de las actividades arqueológicas de investigación y al régimen de los hallazgos –basta recordar, a los efectos de esta comunicación, que viene marcado por la demanialización de los restos arqueológicos que se descubran, esto es, por la imposibilidad de apropiación privada y la titularidad pública de los bienes descubiertos (art. 44.1 LPHE)–, la otra pata de la tutela del patrimonio arqueológico descansa en la protección preventiva de los yacimientos, sometiendo a control por parte de las autoridades culturales la ejecución de cualquier obra o

remoción de terreno –distinta de una excavación arqueológica- que se produzca en los espacios declarados como zonas arqueológicas (art. 22.1 LPHE). También aquí el legislador tuvo en cuenta el PCS, al prever su declaración en aguas territoriales españolas (art. 15.5 LPHE). Sin embargo, es en la protección preventiva del patrimonio arqueológico donde se hace manifiesta la inadecuación al PCS de los instrumentos arbitrados por el legislador. Téngase en cuenta que el principal efecto que se deriva de la declaración de un espacio como zona arqueológica, de acuerdo con la LPHE, es la obligación para el municipio de adoptar un plan especial urbanístico de protección, que definirá los usos permitidos y las intensidades. La inexistencia de planeamiento urbanístico o de cualquier otro tipo de planeamiento de alcance integral en los espacios marítimos priva al PCS de uno de los instrumentos más efectivos para la protección general del patrimonio arqueológico. A su vez, el vehículo que permite a las autoridades culturales tomar conocimiento de las obras y remociones de terreno que, en virtud de la declaración de una zona arqueológica, quedan sometidas a su previa autorización preventiva, se encuentra en la autorización urbanística a la que estas actividades quedan sujetas de por sí. De este modo la intervención de la administración competente desde el punto de vista arqueológico se inserta en el procedimiento seguido ante las autoridades municipales. Tratándose de espacios marítimos las actividades que implican una obra o una remoción de terreno no están sujetas a autorización urbanística, por lo que la eficacia de la zona arqueológica en yacimientos subacuáticos dependerá de la efectiva traslación a otros procedimientos autorizatorios del trámite de dar participación al órgano con competencias culturales³. Por otra parte, cabe preguntarse en qué medida integran el concepto de remoción de terrenos, a efectos de extender el control preventivo de las zonas arqueológicas, ciertas actividades con un alto potencial lesivo del PCS. Piénsese, por ejemplo, en la pesca de arrastre. En este caso, aun cuando entendiéramos que se trata de una “remoción de terrenos”, las características de la autorización de pesca –que se proyecta sobre amplios espacios territoriales y cuya vigencia temporal se extiende a varios años- hacen que case mal con el control que implementa la zona arqueológica, que está pensado para actividades que son objeto de una autorización singular y que se encuentran muy localizadas espacialmente, con el fin de permitir a la administración cultural ordenar, en su caso, la realización de actividades arqueológicas preventivas. Todas estas circunstancias reducen significativamente la utilidad de la zona arqueológica en la protección de yacimientos arqueológicos ubicados en espacios marítimos.

Una conclusión análoga se alcanza al analizar el ordenamiento jurídico autonómico, si bien aquí, por las razones que se expondrán en el apartado siguiente, se aprecia una desigual respuesta y grado de implicación de las Comunidades Autónomas en las necesidades de protección del PCS, particularmente cuando se encuentra en aguas exteriores. Andalucía es una de las pocas comunidades que ha ido más allá de de las previsiones normativas –en líneas generales, coincidentes con la ley estatal-, y ha procedido a proteger formalmente yacimientos arqueológicos en espacios marítimos. Se ha servido para ello de una figura diversa a la zona arqueológica: la zona de servidumbre arqueológica. Así, en virtud de la Orden de 20 de abril de 2009 de la Consejería de Cultura, se han declarado 42 espacios ubicados en “*aguas continentales e interiores de Andalucía, en el mar territorial y en la plataforma continental ribereña al territorio andaluz*” como zonas de servidumbre arqueológica, en aplicación de los artículos 48 y 49 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía (BOJA núm. 101, de 28 de mayo de 2009). Una zona de servidumbre arqueológica implica, básicamente, la obligación de comunicar anticipadamente a la administración cultural la realización

³ Por ejemplo, la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, contempla que cualquier obra o instalación, desmontable o no, que se pretenda realizar o instalar en aguas exteriores así como la extracción de cualquier material, requerirá informe preceptivo del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación “y de las Comunidades Autónomas afectadas, a los efectos de la protección y conservación de los recursos marinos vivos”(art. 20.1). Es preciso interpretar que la participación de las Comunidades Autónomas tiene por objeto no tanto velar por la protección de los recursos marinos – que entra dentro de la competencia estatal- sino de aspectos vinculados a sus competencias sectoriales, como de manera más adecuada expresa el art. 13.2 de ley 3/2001, al prescribir un previo informe de las Comunidades Autónomas sobre aspectos de su competencia en los procedimientos de declaración de reservas marinas, zonas de acondicionamiento marino o zonas de repoblación marina.

de obras de edificación o “cualesquiera otras actuaciones que lleven aparejada la remoción de terrenos”, a fin de que la Consejería pueda, en su caso, ordenar la realización de catas o prospecciones arqueológicas. Esta figura ya aparecía en la Ley de Patrimonio Histórico andaluza de 1991 (arts. 48 y 49), pero nunca se utilizó bajo su vigencia (SANTANA FALCÓN, 2010)⁴. La ley andaluza del 2007 vuelve a recogerla y retoca su regulación, con la vista puesta en su eventual aplicación a yacimientos marítimos, como se deduce de la explícita previsión de dar audiencia en el procedimiento de declaración a las administraciones competentes en relación con el dominio público marítimo (art. 48.3 LPHA). Su eficacia, sin embargo, está lastrada por los problemas ya comentados que aquejan a la zona arqueológica para controlar ciertos tipos de actividades con incidencia sobre el PCS y que derivan, en última instancia, de que las figuras para la protección espacial del patrimonio arqueológico están pensadas para hacer frente a las amenazas del patrimonio arqueológico en espacios terrestres.

De ahí que, con toda justificación, no sean pocas las voces que reclaman la necesidad de abordar la protección del PCS desde presupuestos específicos (ÁLVAREZ GONZALEZ, 2008; GARCÍA FERNÁNDEZ, 2009) y así haya sido postulado en el *Libro Verde del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático* de 2010⁵.

3. ¿CUÁL ES LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE PARA LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO ESPAÑOL?: VARIEDAD DE RESPUESTAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS Y UN RECONOCIMIENTO ESTATAL EN PRECARIO

No es casual que Andalucía se haya adelantado en la protección de yacimientos subacuáticos en el contexto nacional. En el trasfondo de la actuación de la comunidad andaluza se encuentra una línea coherente en la afirmación de su competencia para la gestión del PCS frente al Estado y algún antecedente revelador de cómo la falta de clarificación legislativa en este aspecto ha constituido un elemento perturbador para su protección⁶. Ya hice referencia en el epígrafe anterior a una desigual respuesta de las Comunidades Autónomas en la previsión y en el efectivo ejercicio de competencias sobre el patrimonio cultural cuando éste se ubica en espacios marítimos distintos a las aguas interiores, panorama que ha sido calificado como “cacofónico” por la doctrina (AZNAR GÓMEZ, 2007). En este sentido encontramos tanto Comunidades que en su legislación afirman explícitamente que la gestión del PCS en espacios marítimos es cosa del Estado (Asturias), como otras que reproducen sustancialmente las referencias de la ley estatal al mar territorial y a la plataforma continental (Andalucía o Baleares), o que sólo mencionan el mar territorial (Canarias). Finalmente, una mayoría de leyes autonómicas, aunque aludan al patrimonio subacuático, no contienen referencia alguna al ámbito territorial de ejercicio de la competencia, lo que no ha impedido que en algún caso se hayan emprendido actividades de gestión en espacios marítimos exteriores (Cataluña).

Esta diversidad de respuestas se explica por el confuso panorama en el que se desenvuelve la proyección de competencias sectoriales autonómicas sobre los espacios marítimos. Por una parte, el

⁴ Cabe presumir que la principal razón por la que la zona de servidumbre arqueológica de la ley andaluza de 1991 no ha sido un instrumento útil era que la Ley no apoderaba a la administración cultural con la potestad de “vetar” o condicionar la autorización urbanística que compete a la administración local, a diferencia del régimen de la zona arqueológica. Antes bien, la ley sólo exigía la comunicación de obras que, a todas luces, ya habían sido autorizadas, para que la administración cultural pudiera, eventualmente, ordenar la realización de actuaciones arqueológicas preventivas y vigilar la ejecución de las obras. En cambio, la regulación que ofrece la nueva LPHA (arts. 49 y 59), sí permite a la administración cultural condicionar la autorización “sustantiva” que motiva el control arqueológico.

⁵ Puede consultarse en <http://www.mcu.es/patrimonio/MC/LibroVerde/Capitulos.html>, remito especialmente a las páginas 45 a 60.

⁶ Me refiero, fundamentalmente, al conflicto y los problemas generados por las actividades de la empresa “cazatesoros” Odissey para la localización y extracción de los restos del buque de la armada británica H. M. S. Sussex en aguas de la bahía de Algeciras del 2001 al 2007, en cuyo control colisionaron de una parte, la Administración del Estado y, a su vez, dentro de ésta, el Ministerio de Asuntos Exteriores (por razón de la disputa en torno a la soberanía de las aguas donde se efectuaban los trabajos, próximas a Gibraltar) y el Ministerio de Cultura, y, de otra parte, la administración andaluza. V. AZNAR GÓMEZ, 2008.

Tribunal Constitucional no ha refrendado la doctrina según la cual las competencias autonómicas no se extenderían a los espacios marítimos adyacentes a su territorio, al quedar confinadas a los términos municipales⁷, interpretación que había sido ya cuestionada por la doctrina (MUÑOZ MACHADO, 1982; GONZALEZ GARCÍA, 2002). Por el contrario, según el Constitucional, las competencias autonómicas sí pueden desplegarse sobre los espacios marítimos, no sólo cuando se desprenda de su propia formulación y el Estatuto de autonomía no contemple un límite territorial⁸ - por ejemplo, la competencia autonómica sobre pesca se ciñe a las aguas interiores-, sino también cuando se derive de la propia naturaleza de la competencia, “tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad” (STC 38/2002, FJ 6º). En este último caso, sin embargo, la proyección marítima de la competencia autonómica tendría *carácter excepcional*⁹. Así lo entendió el Constitucional al avalar la extensión al mar territorial de algunas disposiciones del Plan de ordenación de recursos naturales y del Plan de uso y gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, por afectar a un área de singulares características ambientales que integraba espacios terrestres y marítimos. Esta doctrina ha sido refrendada en la más reciente STC 31/2010, de 28 de junio, que reitera la distinción entre la zona marítimo-terrestre, integrada a todos los efectos en el territorio autonómico, y el mar territorial, donde sólo excepcionalmente puede actuar la Comunidad Autónoma.

Sin perjuicio de que, de acuerdo con esta doctrina, una multiplicidad de competencias autonómicas puedan eventualmente recaer sobre el dominio público-marítimo terrestre de titularidad estatal (ZAMORANO WISNES, 2010), trasladada al ámbito del patrimonio cultural subacuático impediría que una Comunidad Autónoma protegiera mediante declaración un yacimiento subacuático en el mar territorial, salvo que se integrara en un espacio más amplio con prolongación terrestre con el que presentara cierta continuidad cultural. Mucho menos podría intentar proteger yacimientos en la plataforma continental exteriores al mar territorial. Sin embargo, en franca discordancia con la jurisprudencia del Constitucional y con la propia postura adoptada en otros ámbitos sectoriales, el Estado no sólo no ha recurrido ante el Constitucional la declaración de zonas de servidumbre arqueológica efectuada por Andalucía en abril de 2009, sino que últimamente parece renunciar al ejercicio de las competencias que, conforme a la jurisprudencia expuesta, le correspondería sobre el PCS sito en espacios marítimos, con la salvedad de que se trate de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado. Así lo expresaba ya el *Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* del año 2007¹⁰. En él se recoge que en los espacios marítimos rige idéntico criterio de distribución de competencias sobre el patrimonio cultural que en espacios terrestres. Se trata, en cualquier caso, de una posición expresada en un documento sin valor legislativo. La contingencia de esta afirmación, si atendemos a la jurisprudencia constitucional e, incluso, a la propia ejecutoria del Estado -no siempre caracterizada por la coherencia-, impide superar la inseguridad jurídica en que se desenvuelve la protección del patrimonio cultural subacuático, tarea que, coyunturalmente, parece abandonada a la diversa voluntad política de cada una de las Comunidades Autónomas.

El panorama descrito está lejos de ser satisfactorio, en especial, si tenemos en cuenta que el esbozo de cualquier instrumento de ordenación que aspire a coordinar integralmente los usos y actividades que se desarrollen en espacios marítimos ha de tener como presupuesto una clara y precisa noción del alcance de las competencias y responsabilidades de cada una de las instancias

⁷ Esta ha sido la doctrina del Supremo en numerosas sentencias que negaban la extensión de las competencias urbanísticas municipales sobre el mar territorial. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias de la Sala III de 4 de febrero de 1987 o de 4 de abril de 1990.

⁸ STC 158/1986, de 11 de diciembre (FJ 2º), STC 103/1989, de 8 de junio (FJ 6.A) o STC 9/2001, de 18 de enero (FJ 6º).

⁹ La tesis de la excepcionalidad era criticada en un voto particular formulado por el magistrado GRACIA MANZANO, en una posición que ha encontrado eco en la doctrina (GONZÁLEZ GARCÍA, 2002).

¹⁰ El citado Plan fue adoptado por el Consejo del Patrimonio Histórico Español el 10 de octubre de 2007 y aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de noviembre del mismo año. Puede consultarse en Patrimonio cultural y derecho, núm. 11, 2007, págs. 353-365.

territoriales implicadas a nivel nacional¹¹. Precisamente, al hilo de la necesidad de dotar a los espacios marítimos de un instrumento de ordenación integral, llegamos al tercer y último elemento condicionante de la gobernanza del patrimonio cultural subacuático.

4. EL LIMITADO ALCANCE DE LAS POTESTADES DEL ESTADO COSTERO SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO COMO FACTOR CONDICIONANTE DE LA ORDENACIÓN DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS

La ordenación de los espacios marítimos, dentro de la cual ha de encontrar su lugar la protección del PCS, no puede soslayar las determinaciones de Derecho internacional, que la condicionan sustancialmente.

La Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar (en adelante CNUDM) o Convención de Montego Bay vino a codificar en 1982 disposiciones que, en gran medida, ya se venían considerando como Derecho internacional consuetudinario o sobre las que existía un alto grado de consenso. De acuerdo con la Convención, que fue ratificada por España el 20 de diciembre de 1996, los Estados ribereños ostentan plena jurisdicción sobre las aguas interiores y el mar territorial, en tanto que sus derechos soberanos en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental se limitan a la gestión y aprovechamiento de los recursos naturales, vivos o no vivos, de las aguas suprayacentes, del lecho y del subsuelo del mar (arts. 56.1.a) y 77 CNUDM). Ello implica que *las facultades de ordenación del Estado costero no son homogéneas en todos los espacios marítimos adyacentes sobre los que proyecta su soberanía o algún tipo de jurisdicción*. De este modo, el Estado ribereño puede proceder a una ordenación plena e integral de las aguas interiores y del mar territorial (si bien, en este último caso, teniendo presente el derecho de paso inocente de buques de terceros Estados). En cambio, en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva las facultades ordenadoras poseen un carácter funcional o sectorial, en conexión con la jurisdicción limitada que reconoce el Derecho internacional a los Estados ribereños.

Precisamente, el PCS se cuenta entre los elementos que escapan a la jurisdicción del Estado costero cuando se rebasa el mar territorial. Y ello aun cuando la LPHE (art. 40.1) -y, siguiendo su estela, varias leyes autonómicas- afirman que pertenecen al patrimonio histórico español los restos de naturaleza arqueológica ubicados en la plataforma continental. Tales bienes, sin embargo, no integran la noción de “recursos naturales” de la CNUDM, que constituye la clave de bóveda de los derechos soberanos y de la limitada jurisdicción reconocida a los Estados costeros en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva. Así lo acreditan los propios trabajos preparatorios de la Convención de Montego Bay (RONZITTI, 1984). Es más, los poderes para impedir la remoción de objetos históricos que la Convención reconoce a los Estados costeros en la zona contigua adyacente al mar territorial (arts. 33 y 303.2 CNUDM) -y que, podría pensarse, habilitaría una facultad autorizatoria en esa franja (AZNAR GÓMEZ, 2004; PAPANICOLOPULU 2004, TREVES 1993)- se han descrito como una solución de compromiso entre las posturas de los Estados que defendían una extensión de la jurisdicción arqueológica del Estado costero a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva (Grecia, Malta, Túnez, Yugoslavia e Italia, Portugal, Cabo Verde) y aquellos otros (Estados Unidos, Reino Unido y Países Bajos) que temían que esta disposición menguara las ya limitadas libertades de los terceros Estados en tales espacios (RONZITTI, 1984).

Por tanto, de conformidad con la CNUDM, más allá de la facultad limitada al control de las remociones de objetos arqueológicos en la zona contigua, el Estado costero no puede invocar

¹¹ Esta fue una de las conclusiones relativas al principio clave “Garantías de efecto jurídico de la ordenación del espacio marítimo a nivel nacional” expresadas en el 2º taller internacional auspiciado por la Comisión Europea en Ispra (23-24 abril de 2009), en desarrollo del documento “Hoja de ruta para la ordenación del espacio marítimo: creación de principios comunes en la UE” (Bruselas, 25.11.2008, COM (2008) 791 final) y que ha sido recogido finalmente en la comunicación de la Comisión “Ordenación del espacio marítimo de la Unión Europea- Logros y desarrollo futuro” (Bruselas, 17.12.2010, COM (2010)771 final).

poderes unilaterales que tengan por objeto *directamente* la gestión del PCS en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva. Ni siquiera resultaría amparado por la jurisdicción del Estado costero para la investigación científica marina o la protección y preservación del medio marino en la zona económica exclusiva (art. 56.b) ii y iii CNUDM), facultades que han de conectarse exclusivamente con los recursos naturales. El único resquicio que permite al Estado ribereño desarrollar algún tipo de *acción protectora indirecta* sobre el PCS –y ello, siempre que la medida tuviera un alcance meramente impeditivo u obstativo- reside en la potestad que la Convención reconoce para “autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental” (art. 81 CNUDM). En este sentido, con apoyo en el deber general de protección de los objetos de carácter histórico y arqueológico hallados en el mar, que formula genéricamente la Convención (art. 303.1 CNUDM), el Estado costero estaría en condiciones de impedir las perforaciones que afectarían negativamente al PCS.

La posterior adopción en 2001 de la Convención UNESCO para la protección del PCS (CPPCS) y su entrada en vigor el 2 de enero de 2009 no hacen sino reforzar la conclusión de que los términos en que se expresa la LPHE respecto al patrimonio arqueológico ubicado en la plataforma continental resultan incompatibles con el vigente Derecho internacional. La CPPCS se adoptó, tras largos esfuerzos, para dar cuerpo a las poco precisas disposiciones de la CNUDM sobre el deber de cooperación internacional para la protección de los objetos históricos y arqueológicos submarinos (art. 303.1 CNUDM), con el hándicap de preservar el delicado equilibrio alcanzado en Montego Bay entre las facultades de los Estados ribereños y las libertades de terceros Estados en aguas exteriores al mar territorial. Fundamentalmente, la Convención UNESCO quería poner coto al expolio producido por las conocidas empresas “cazatesoros”, las cuales amparaban su actividad en la perturbadora alusión al régimen de los hallazgos marítimos que efectúa la Convención de Montego Bay (art. 303.3 CNUDM). La Convención UNESCO desactiva esa amenaza al prohibir la explotación comercial del PCS (art. 2.7 CPPCS y Norma 2 del Anexo de Normas técnicas), y al condicionar la aplicación del régimen de salvamento y de los hallazgos marítimos a su compatibilidad con los principios expresados en la Convención (art. 4 CPPCS).

En cuanto a las facultades del Estado ribereño para la protección del PCS adyacente a sus costas, resultan plenamente reconocidas para el mar territorial (art. 7.1 CPPCS). Incluso en la zona contigua faculta al Estado para reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al PCS. Más allá de las veinticuatro millas náuticas desde la línea de costa que marcan la frontera exterior de la zona contigua, la CPPCS instaura un régimen de gestión cooperativa (AZNAR GÓMEZ, 2004), fundado en un sistema de informaciones y consultas internacionales, para la protección del PCS ubicado en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, con participación del Estado costero y de todos aquellos Estados que acrediten un vínculo cultural con los restos arqueológicos. En las actividades y gestiones que se emprendan, al Estado costero corresponde, tan sólo, la posición de coordinador (a la que puede renunciar en favor de otro Estado concernido), en la que “actuará en nombre de los Estados Partes en su conjunto y no en su interés propio” (art. 10.6 CPPCS). La Convención UNESCO sólo habilita al Estado costero a adoptar unilateralmente, con carácter previo a las consultas, las medidas que fueran necesarias para impedir un peligro inmediato al PCS (art. 10.4 CPPCS). Una vez celebradas las consultas que prescribe la Convención, le corresponderá poner en práctica las medidas adoptadas, expedir las autorizaciones necesarias o emprender las investigaciones preliminares que sean precisas (art. 10.5 CPPCS).

A la luz de estas determinaciones, cualquier instrumento de ordenación de la plataforma continental o de la zona económica exclusiva, que atienda a las necesidades de tutela del PCS, requiere tener en cuenta el régimen de consultas y cooperación internacionales que prescribe la CPPCS. En especial, en la medida en que el instrumento de ordenación pretenda incorporar elementos positivos (acciones para el estudio y la puesta en valor) y no meramente defensivos (prohibiciones de instalaciones o actividades que impliquen la perforación de la plataforma continental). Esta constatación no hace sino reforzar el carácter internacional que posee la ordenación de los espacios marítimos, como ha sido subrayado en los trabajos de la Comisión

Europea para el desarrollo de esta herramienta en el seno de la política marítima integrada de la Unión¹². Por lo que hace al PCS, la internacionalización presenta la particularidad de requerir eventualmente la participación de Estados que no pertenezcan al área geográfica objeto de ordenación.

5. CONCLUSIONES

1. Una eficaz protección del PCS requiere que el diseño de los instrumentos de tutela se efectúe desde presupuestos propios, que tenga en cuenta las particularidades del medio en que se localiza –desde el punto de vista físico y jurídico- y compense, así, la imposibilidad de emplear ciertos mecanismos de protección pensados para los espacios terrestres.
2. Con carácter previo, se hace preciso fijar normativamente una delimitación clara y coherente de las responsabilidades que, en este campo, corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la jurisprudencia sentada hasta el momento por el Tribunal Constitucional.
3. La clarificación del panorama competencial interno respecto al PCS constituye, a su vez, presupuesto para el diseño e implementación de instrumentos de ordenación de los espacios marítimos que atiendan al PCS y permitan conciliar sus necesidades de protección con otros intereses generales en concurrencia.
4. Una ordenación de los espacios marítimos que tome en cuenta el PCS y se proyecte sobre la plataforma continental y la zona económica exclusiva no puede ser establecida unilateralmente desde el Estado costero, en especial si pretende ir más allá de la adopción de disposiciones de naturaleza negativa o prohibitiva, a la luz del Derecho internacional en vigor y, particularmente, del régimen de gestión cooperativa internacional que impone la Convención UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático en aguas internacionales.

6. Referencias bibliográficas

- Álvarez González, E. M., 2008, Patrimonio sumergido: claves de su régimen jurídico, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 12, págs. 25-50.
- Aznar Gómez, M., 2004, *La protección internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 661 págs.
- --:2007, "España y el Patrimonio Cultural Subacuático: algunos problemas jurídicos", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, págs. 247-253.
- --: 2008, Algunos problemas jurídicos alrededor del H. M. S. Sussex, en VV. AA. (eds. Pérez Ballester, J. y Pascual Berlanga, G.) *Comercio, redistribución y fondeadores: la navegación a vela en el Mediterráneo*, Ed. Universitat de València, Valencia, págs. 537-550.
- Barcelona Llop, J., 2006, La regulación de las autorizaciones en las intervenciones dirigidas al Patrimonio Cultural subacuático, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 10, págs. 217-248.
- Comisión Europea, 2008, Comunicación *Hoja de ruta para la ordenación del espacio marítimo: creación de principios comunes en la UE* (Bruselas, 25.11.2008, COM (2008) 791 final).
- Comisión Europea, 2010, *Ordenación del espacio marítimo de la Unión Europea- Logros y desarrollo futuro* (Bruselas, 17.12.2010, COM (2010)771 final).
- Consejo del Patrimonio Histórico Español, Ministerio de Cultura del Reino de España, 2007, *Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático*.
- García Fernández, J., 2009, ¿Es necesaria una nueva ley del Patrimonio Histórico Español?, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, págs. 67-71.
- González García, J. V., 2002, Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas, *Revista de Administración Pública*, núm. 158, págs. 51-76

¹² V. la comunicación de la Comisión "Ordenación del espacio marítimo de la Unión Europea- Logros y desarrollo futuro" (Bruselas, 17.12.2010, COM (2010)771 final), punto 10.

- Ministerio de Cultura del Reino de España, Secretaría General Técnica, 2010, *Libro Verde del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, consultado en <http://www.mcu.es/patrimonio/MC/LibroVerde/Capitulos.html>.
- Muñoz Machado, S., 1982, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, volumen I, 634 págs.
- Papanicolopulu, I., 2004, La zona contigua archeologica e la sua delimitazione, en VV. AA. (ed. Scovazzi, T.), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterraneo*, Ed. Giuffrè, Milán, págs. 43-70
- Rodríguez Temiño, I., 2009, Notas sobre la regulación de las actividades arqueológicas, *Patrimonio cultural y derecho*, núm. 13, págs. 87-115.
- Ronzitti, N., 1984, Stati costiero, archeologia sottomarina e tutela del patrimonio storico sommerso, *Il diritto marítimo*, fasc. 1, págs. 3-24.
- Treves, T.; 1993, Stato costiero e archeologia sottomarina, *Rivista di diritto internazionale*, fasc.3, págs. 698-719
- Zamorano Wisnes, J. (2010), La ordenación del espacio litoral y las competencias autonómicas y locales en el mar territorial, en VV. AA. (ed. NÚÑEZ LOZANO, M. C.) *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 187-147.
- Santana Falcón, I., 2010, 25 años de tutela de los yacimientos arqueológicos prehistóricos y protohistóricos de Andalucía, *Menga: revista de prehistoria de Andalucía*, núm. 1, 2010, págs. 99-114.