

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN UNESCO DE 2001 SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO: ALGUNOS PROBLEMAS NACIONALES E INTERNACIONALES

*The application of the 2001 UNESCO Convention
on the Protection of the Underwater Cultural Heritage:
some domestic and international problems*

Mariano J. Aznar Gómez*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN ESPAÑA. 2.1 Algunas cuestiones resueltas. 2.1.1 La protección *in situ* del patrimonio cultural subacuático. 2.1.2. La exclusión del salvamento marítimo. 2.2. Algunas cuestiones pendientes de resolver. 2.2.1. Régimen de hallazgos y “detectorismo”. 2.2.2. Sanciones penales. 3. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN EL PLANO INTERNACIONAL. 3.1. El control internacional de la aplicación de la convención. 3.2. El control nacional de los buques y el patrimonio cultural subacuático. 4. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: Tras más de veinte años desde su adopción, la aplicación de la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático tanto en el plano nacional español como en el plano internacional merece un análisis, al menos de algunos de sus aspectos. Así junto a los logros conseguidos en España (la confirmación doméstica de la regla de protección *in situ* o la exclusión de la aplicación al patrimonio cultural subacuático del régimen del salvamento marítimo), quedan por solventar la exclusión del régimen de hallazgos y la regulación precisa de los detectores de metales, así como la revisión del régimen sancionador penal, para mitigar los daños a dicho patrimonio. En el plano internacional, se ve necesario tanto el establecimiento de un mecanismo de control no contencioso de la Convención, que fomente su aplicación mediante labores de seguimiento, y el control más estricto por parte de los Estados de las actividades de los buques que naveguen bajo su pabellón y lleven a cabo actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático.

Palabras clave: Patrimonio cultural subacuático, Derecho del mar, Salvamento marítimo, Reclamación marítima, Patrimonio de la humanidad

Abstract: After more than twenty years since its adoption, the application of the Convention on the protection of underwater cultural heritage, both at the Spanish

* Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Universitat Jaume I. Académico correspondiente de la Real Academia de la Mar de España. Miembro del Comité Internacional sobre el patrimonio cultural subacuático (ICUCH) del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS). Las opiniones en este trabajo lo son a título estrictamente personal. Todos los sitios web citados fueron visitados por última vez el 15 de noviembre de 2022, fecha de entrega de este trabajo.

national level and at the international level deserves an analysis, at least of some of its aspects. Thus, besides the achievements in Spain (domestic confirmation of the *in situ* protection rule or the non-application of the application to underwater cultural heritage of the maritime salvage regime), the non-suitability of the regime of findings and the precise regulation of metal detectors are discussed, as well as the review of the penal sanction regime, to mitigate the damage to said heritage. At the international level, it is necessary to establish a non-contentious control mechanism of the Convention, in order to promote its application through a follow-up system, as well as to confirm a close control by States of the activities of the ships flying their flag and performing activities directed to the underwater cultural heritage.

Keywords: Underwater cultural heritage, Law of the Sea, Historic salvage, Maritime claim, Common heritage of humanity

1. INTRODUCCIÓN

La *Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático* fue adoptada en la 31ª Asamblea General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001, y entró en vigor el 2 de enero de 2009. En esta misma fecha entró en vigor también para España, que había ratificado su texto mediante instrumento de 25 de mayo de 2005¹. La Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático (“Convención UNESCO” o “la Convención” de ahora en adelante) proporciona un marco común jurídicamente vinculante para los Estados parte sobre cómo identificar, investigar y proteger mejor su patrimonio cultural subacuático al tiempo que garantiza su preservación y sostenibilidad². Para ello, la Convención consta

-
- 1 BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2009. A la fecha de entrega de este trabajo, la Convención UNESCO cuenta con 72 Estados parte: Albania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Bahréin, Barbados, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Cabo Verde, Camboya, RD Congo, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Gabón, Ghana, Granada, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, Irán, Italia, Jamaica, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Lituania, Madagascar, Malawi, Mali, Malta, Marruecos, México, Micronesia, Montenegro, Namibia, Nigeria, Niue, Omán, Palestina, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, República Dominicana, Rumanía, San Kitts & Nevis, San Vicente & las Granadinas, Santa Lucía, Senegal, Sudáfrica, Suiza, Togo, Trinidad & Tobago, Túnez y Ucrania.
 - 2 Sobre la Convención UNESCO —y, en general, sobre la protección internacional del patrimonio cultural subacuático— pueden verse las siguientes obras generales (por orden cronológico): GARABELLO, R., *La Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, Milán, Giuffrè Editore, 2004; AZNAR GÓMEZ, M.J., *La protección del patrimonio cultural*, Valencia, Tirant, 2004; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005; BONIFÁCIO RAMOS, J. L., *O achatamento de bens culturais subaquáticos*, Lisboa, Livraia Petrony, 2008; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*, Valencia, Tirant, 2012; DROMGOOLE, S., *Underwater*

de 35 artículos y un Anexo con 36 normas, que “son parte integrante de ella y, salvo disposición expresa en contrario, cualquier referencia a esta Convención constituye asimismo una referencia a las Normas”³.

Transcurridos ya más de 20 años de su adopción, la Convención UNESCO sigue planteando algunos problemas en relación a su aplicación, tanto en España como internacionalmente. Algunos de estos problemas son generales y comunes a todos sus Estados parte⁴; otros son más particulares, tanto a nivel doméstico como internacional. En este Curso nos vamos a referir a algunos de ellos, destacando los avances producidos, así como los obstáculos aún presentes.

Para ello, seguiremos el esquema básico de referirnos a las cuestiones ya resueltas para, a continuación, plantear las cuestiones por resolver; y ello, en primer lugar, para el caso de la aplicación de la Convención en el caso de España seguido de la aplicación en el plano internacional, sin olvidar que uno y otro están estrechamente vinculados en muchos casos.

2. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN ESPAÑA

Durante las negociaciones que llevaron a la adopción de la convención en 2001, España tuvo una posición compleja ya que, como potencia naval, defendía, por ejemplo, la aplicabilidad del principio de inmunidad a los buques de Estado hundidos no abandonados, y la particular relevancia de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (CNUDM)⁵, aspectos que fueron causa de intensas discusiones y, finalmente, generaron muchas dudas en algunas potencias marítimas que votaron en contra o se abstuvieron en la votación final de la Convención⁶.

Pero, al mismo tiempo, España también hizo suyos los principios y el esquema cooperativo enmarcados en la Convención y deseaba colaborar con otros Estados (en particular, los antiguos territorios españoles en América y Asia) en la protec-

Cultural Heritage and International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; RUIZ MANTECA, R., *Los retos de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático*, Murcia, Editum/Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2018; y THEY, M., *La protection internationale du patrimoine culturel de la mer. Les compétences de l'État sur les biens culturels submergés*, Leiden/Dordrecht, Brill/Martinus Nijhoff, 2018.

3 Art. 33 de la Convención.

4 Me permito aquí referir al lector a mi trabajo “La Convention UNESCO pour la protection du patrimoine culturel subaquatique: une évaluation dix ans après son entrée en vigueur”, *Annuaire du droit de la mer*, vol. 19, 2018, pp. 197-211.

5 BOE núm. 39 de 14 de febrero de 1997.

6 Para un resumen de esta discusión, véase AZNAR GÓMEZ, *ob.cit. supra* n. 2, pp. 296-306.

ción y mejora del patrimonio cultural subacuático compartido. España finalmente consideró que la Convención de la UNESCO de 2001 no afectaba a la regla de inmunidad ni al delicado equilibrio creado por la CNUDM en las diferentes zonas marinas, en particular la zona económica exclusiva (ZEE) y la Plataforma Continental, pero también la Zona Contigua.

Ahora bien, algunas cuestiones que la Convención UNESCO planteaba requerían de ciertos ajustes legislativos internos que, bien ya se han incorporado a nuestro ordenamiento (o completado su regulación pre-existente), bien está pendiente su incorporación o ajuste. Vemos ambos casos a continuación.

2.1 Algunas cuestiones resueltas

Entre las cuestiones resueltas a nivel interno, destacaríamos dos por su importancia en relación a los objetivos de la Convención UNESCO: de un lado, la cuestión de la protección *in situ* del patrimonio cultural subacuático; y, de otro, la no aplicación a dicho patrimonio de la legislación relativa al salvamento marítimo.

Una tercera cuestión, implícitamente resuelta, se referiría al concepto mismo de patrimonio cultural subacuático en el ordenamiento jurídico español. No existe, efectivamente, una definición precisa en nuestra legislación. Ahora bien, cabría tener en cuenta lo siguiente:

- De un lado, conjugando el artículo 1.1 y 40.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPH)⁷, el patrimonio cultural subacuático vendría 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 del mar territorial o la plataforma continental de España.
- De otro, y como consecuencia, el patrimonio cultural subacuático se entiende incluido en el patrimonio histórico en atención a esos preceptos. Además, queda en la definición de las zonas arqueológicas que da el artículo 15.5 de la LPH cuando las define como “el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o *bajo las aguas territoriales españolas*” (énfasis añadido).
- Finalmente, desde el momento de la ratificación de la Convención UNESCO de 2001 —que forma parte de nuestro ordenamiento interno *ex artí-*

7 BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

culo 96.1 de la Constitución— cabe entender que el concepto allí dado es el concepto de patrimonio cultural subacuático en el derecho español⁸.

2.1.1 La protección *in situ* del patrimonio cultural subacuático

Una de las cuestiones que mayor discusión metodológica, ética y jurídica generó —y sigue generando— fue la del alcance del principio de preservación *in situ* del patrimonio cultural subacuático. Ello supone, como indica la Convención UNESCO (inspirándose en los códigos éticos de la comunidad científica internacional)⁹, que “[l]a preservación *in situ* del patrimonio cultural subacuático deberá considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas a ese patrimonio”¹⁰; y que “[e]n consecuencia, las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático se autorizarán únicamente si se realizan de una manera compatible con su protección y, a reserva de esa condición, podrán autorizarse cuando constituyan una contribución significativa a la protección, el conocimiento o el realce de ese patrimonio”¹¹.

La protección *in situ* ni es siempre la mejor solución arqueológica ni viene impuesta jurídicamente en toda circunstancia¹². La protección *in situ* es la *primera*

8 El artículo 1.1(a) de la Convención UNESCO establece que “[p]or ‘patrimonio cultural subacuático’ se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: (i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y (iii) los objetos de carácter prehistórico”. Nuestra legislación podría perfectamente afinar, precisar o, incluso, ampliar este concepto, que excluye —sin apreciar debidamente la cuestión— los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar y las instalaciones distintas de los cables y tuberías colocadas en el fondo del mar y todavía en uso (letras b y c del mismo precepto). A espera de la nueva ley que sustituirá a la actual LPH (en proceso de reforma, enmienda o total re-elaboración), el concepto de PCS de la Convención es útil a nuestros efectos.

9 Esencialmente la “Carta internacional sobre la protección y la gestión del patrimonio cultural subacuático” (la “Carta de Sofía”), adoptada en 1996 por el Consejo Internacional sobre Monumentos y Sitios (ICOMOS), la principal ONG que asesora a la UNESCO. Dicha Carta, adaptada, se incorporó a la Convención UNESCO, constituyendo su actual Anexo. El texto de la Carta de Sofía puede verse en la web del ICOMOS (<https://www.icomos.org/images/DOCUMENTS/Charters/underwatersp.pdf>).

10 Art. 2(5) de la Convención.

11 Norma 1 del Anexo de la Convención.

12 Es significativa a estos efectos la conclusión unánime a la que llegan los expertos sobre el necesario destino fuera del agua del pecio fenicio *Mazarrón II*, conservado *in situ* durante 16 años, pero hoy amenazado por dinámicas costeras cambiantes que afectan al

opción, quizá la más deseable técnicamente si las circunstancias arqueológicas, jurídicas y políticas —y por este orden— así lo aconsejan. En caso contrario, si esas circunstancias lo sugirieran, la extracción del objeto u objetos históricos hallados bajo el mar y su conservación fuera del medio marino es otra opción plausible si se siguen los estándares arqueológicos aceptados por la comunidad científica internacional.

Hoy, la regla de preservación *in situ* del patrimonio cultural subacuático se considera ya un principio jurídico internacionalmente aceptado¹³. Pero en España, no ha sido hasta fechas recientes que se ha incorporado a nuestro ordenamiento interno, más allá de la obligación impuesta por la propia Convención UNESCO, así como otros tratados en vigor para España.

En efecto, y en relación a esto último, en el ámbito regional (particularmente europeo y mediterráneo) el principio de protección *in situ* ha encontrado un acomodo normativo expreso: así, en el *Convenio Europeo para la protección del patrimonio arqueológico (revisado)* de 1992¹⁴, su art. 4 establece que cada Estado parte “se compromete a poner en práctica medidas de protección física del patrimonio arqueológico que comprendan, en función de las circunstancias: [...] (ii) la conservación y mantenimiento del patrimonio arqueológico, preferentemente *in situ*”¹⁵; y en su art. 5 a “prever, cuando se encuentren elementos del patrimonio arqueológico durante trabajos de infraestructuras, la conservación *in situ* de los mismos cuando sea viable”. Y en el ámbito particular del Mediterráneo y del *Convenio de Barcelona* de 1976¹⁶, el *Protocolo relativo a la gestión integrada de las*

estado físico de los restos (desplazamiento, aparición de elementos biológicos adversos y descomposición). Las conclusiones se recogen en MARTÍNEZ ALCALDE, M., GARCÍA CANO, J.M., BLÁNQUEZ PÉREZ, J. y INIESTA SANMARTÍN, A. (eds.), *Mazarrón II. Contexto arqueológico, viabilidad científica y perspectiva patrimonial del barco B-2 de la bahía de Mazarrón (Murcia)*, Madrid, UAM Ediciones, 2017.

- 13 Puede verse AZNAR, M.J., “*In Situ Preservation of Underwater Cultural Heritage as an International Legal Principle*”, *Journal of Maritime Archaeology*, vol. 13, 2018, núm. 1, pp. 67-81
- 14 BOE núm. 173, de 20 de julio de 2011 (Convenio de La Valeta, de ahora en adelante). Como es bien sabido, este Convenio hizo suyas algunas ideas presentes en el fallido intento anterior de concluir en el seno del CdE una convención europea para la protección del patrimonio cultural subacuático. Así, el proyecto de convención de 1984 incluía en su art. 3(1) la siguiente obligación: “Contracting States shall ensure as far as possible that all appropriate measures are taken to protect underwater cultural property *in situ*” (Comité de Ministros: *Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, Doc. CM (84) 86/CAHAQ (84) 4/Add. I, 16 de mayo de 1984, documentación en archivo del autor).
- 15 Este mismo artículo procura que cada Estado parte se comprometa igualmente a “la adquisición o la protección por los medios apropiados, por parte de los poderes públicos, de espacios destinados a la constitución de reservas arqueológicas”.
- 16 *Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo*, de 16 de febrero de 1976 (BOE núm. 44, de 21 de febrero de 1978), enmendado en 1995 (BOE núm. 173, de 19 de julio de 2004).

zonas costeras del Mediterráneo de 2008¹⁷ establece en su art. 13(2) que sus Estados parte “garantizarán que la conservación in situ del patrimonio cultural de las zonas costeras sea considerada la opción prioritaria antes de proceder a ninguna intervención sobre este patrimonio”.

Para los supuestos de conflicto armado, y ante los diferentes conflictos acaecidos desde la adopción del Convenio de 1954¹⁸, éste fue mejorado a través de la adopción de un Segundo Protocolo, de 29 de marzo de 1999¹⁹, en el que es significativo el tratamiento que se da a las medidas de salvaguardia escuetamente previstas en el art. 3 del texto de 1954. En su art. 5, el Protocolo de 1999 establece que

“[I]as medidas preparatorias adoptadas en tiempo de paz para salvaguardar los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado conforme al Artículo 3 de la Convención comprenderán, en su caso, la preparación de inventarios, la planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o el derrumbamiento de estructuras, la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada *in situ* de esos bienes, y la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales”.

Queda, pues, aceptado el principio de protección *in situ* como criterio general en diferentes acuerdos internacionales relativos a la protección del patrimonio cultural en general, y muy particularmente en el ámbito europeo, todos ellos en vigor para España.

Como es bien sabido, según el art. 96(1) de nuestra Constitución, “[I]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”²⁰. El art. 28 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales (LTOAI)²¹ evoca ese precepto constitucional²².

17 BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2011.

18 *Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado*, de 14 de mayo de 1954, y Protocolo (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960).

19 BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2004.

20 Véase asimismo el art. 1(5) del Código Civil.

21 BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

22 Su texto señala lo siguiente: “1. Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional. 2. Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor”.

No importa, por tanto, discutir aquí la recepción automática y jerarquía normativa de los tratados en el ordenamiento jurídico español, que tanto la doctrina del Consejo de Estado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo —incluso anterior a nuestra Constitución de 1978— como del Tribunal Constitucional han reconocido sin ambages²³ y la propia LTOAI ha codificado expresamente en su art. 31²⁴. Es más relevante analizar, en clave de derecho interno español, cómo debe observarse y ejecutarse el principio de protección *in situ* recogido en esos tratados.

El art. 29 LTOAI se refiere expresamente a la “observancia” en derecho interno de los tratados celebrados por España y el art. 30(1) LTOAI hace lo propio respecto de su “ejecución”. Si el primero establece que

“[t]odos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”;

el segundo advierte que

“[l]os tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

Nos corresponde ver, por lo tanto, el alcance de la obligación de los poderes públicos en cumplir con el principio de protección *in situ* así como la aplicabilidad directa de dicho principio, cuestiones ambas íntimamente ligadas entre sí. La aplicabilidad directa de un tratado válidamente celebrado y publicado supone que el mismo podrá crear obligaciones y derechos para los particulares y la Administración sin necesidad de una norma que lo desarrolle, sea ésta de rango legal o reglamentario. Como nuestro Tribunal Supremo advirtió al respecto, esa posible aplicabilidad directa de un tratado depende del “carácter *self-executing* de sus disposiciones, es decir, que su redacción sea lo suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de los Estados contratantes”²⁵.

La pregunta que cabe hacerse, pues, es si el principio recogido en esos tratados —y muy particularmente, por su precisión, el art. 2(5) y Normas concordantes de la

23 Sirvan como recuerdo el Dictamen núm. 38.990, de 4 de abril de 1974, del Consejo de Estado, la STS, Sala 3ª, de 30 de septiembre de 1982 (ROJ 1548/1982) o las SSTC 28/1991, de 14 de febrero de 1991 (RTC 1991/28) y 141/1998, de 29 de junio de 1998 (RTC 1998/141),

24 Cuyo texto señala que “[l]as normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

25 Fundamento jurídico 6º, STS, Sala 3ª, de 10 de marzo de 1998 (ROJ 1613/1998).

Convención UNESCO de 2001— requiere de un ulterior desarrollo legal y reglamentario para su aplicación en España, esto es, si es o no “normativamente perfecto”²⁶.

Cabe advertir de inicio que bastantes normas legales o reglamentarias españolas mencionan dicho principio²⁷. No lo hace la LPH de 1985 —anterior a la Convención y necesitada de una profunda revisión²⁸— pero sí, de modo general, aunque dispar, las posteriores leyes autonómicas sobre patrimonio histórico de cada comunidad o los sucesivos reglamentos de actividades arqueológicas adoptados desde entonces, influyendo en ellos su adopción posterior o no a la Convención UNESCO de 2001 o su adaptación al mismo. Del análisis de la legislación autonómica se desprende que la obligación de preservar el patrimonio cultural subacuático *in situ* se regula básicamente en los casos de hallazgos, para los que se impone el deber genérico de mantener los objetos hallados en el lugar del hallazgo:

- (a) En el caso de Cataluña, la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán²⁹ establece en su art. 51(3) que el descubridor de restos arqueológicos (hechos por azar o producidos como consecuencia de una intervención arqueológica) “hará entrega del bien, en el plazo de cuarenta y ocho horas, al Ayuntamiento correspondiente, a un museo público de Cataluña o al Departamento de Cultura, salvo que sea necesario efectuar remoción de tierras para hacer la extracción del bien, dadas sus características, o salvo que se trate de un hallazgo subacuático, en cuyos supuestos el objeto permanecerá en el emplazamiento originario. Por lo que respecta a los descubrimientos como consecuencia de intervenciones arqueológicas, la regulación de la entrega se hará por reglamento. En todos los casos, mientras el descubridor no efectúa la entrega, se le aplican las normas del depósito legal”. El párrafo 5 del mismo precepto, que regula el depósito definitivo de los restos arqueológicos hallados, prefiere el “de la mayor proximidad al lugar del hallazgo”³⁰.

26 DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “Artículo 30.1. Ejecución”, en ANDRÉS SÁNEZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2016, p. 541.

27 Principio —con sus excepciones— claramente recomendado a las autoridades españolas en la materia por el Grupo de Trabajo del Comité de Coordinación técnica del Consejo del Patrimonio Histórico en el *Libro verde del Plan Nacional de protección del patrimonio cultural subacuático español* (Cartagena, 2009, disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/culturaydeporte/Documents/Libro_Verde_Subacuatico.pdf), p. 70.

28 Revisión que, al momento de escribir estas líneas, había comenzado y súbita e incomprensiblemente parada.

29 BOE núm. 1807, de 11 de octubre de 1993.

30 Véase asimismo el art. 22(1) del Decreto 78/2002, de 5 de marzo, del Reglamento de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico (DOGC núm. 3594, de 13 de marzo de 2002), que establece para el caso de hallazgos subacuáticos que “los restos

- (b) En el caso de la Comunidad Valenciana, el art. 65(3) de su Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano³¹ exceptúa para el caso de hallazgos casuales de restos subacuáticos la obligación general de entrega del mismo a las autoridades, pues dichos restos deben quedar “en el lugar donde se hallen hasta que la Conselleria acuerde lo procedente”.
- (c) En el caso de las Islas Baleares, el art. 62(1) de la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears³² establece igualmente la obligación de entrega del bien arqueológico, “salvo que sea necesario efectuar remoción de tierras para la extracción del bien, dadas sus características, o cuando se trate de un hallazgo subacuático. En estos casos, el objeto quedará en el emplazamiento original”.
- (d) En el caso de Andalucía, el art. 50(1) de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía³³ establece para el caso de los hallazgos casuales que “[e]n ningún caso se podrá proceder sin la autorización y supervisión previa de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico a la remoción de los restos o bienes hallados, que deberán conservarse en el lugar del hallazgo, facilitándose su puesta a disposición de la Administración”³⁴.
- (e) En el caso de Canarias, el art. 70(2) de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias³⁵ establece que “[l]os hallazgos deberán ser mantenidos en el lugar hasta que el órgano competente en materia de patrimonio histórico de la Comunidad Autónoma autorice su levantamiento o la realización de la oportuna intervención arqueológica,

deben permanecer siempre en su emplazamiento original. Las personas que los descubren deben hacer la comunicación del hallazgo de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior y deben acompañar a los técnicos designados por la Dirección General del Patrimonio Cultural al lugar donde este se ha producido. El cumplimiento de esta última obligación da derecho a la indemnización que legalmente corresponda”. Asimismo, dicho Reglamento ordena en su art. 24(2) que la extracción de restos de su emplazamiento original puede ser extraordinaria cuando sea “consecuencia de la afectación de los restos por factores externos, de origen antrópico o natural, que motivan que estos no puedan ser conservados in situ, requieren autorización expresa”.

31 BOE núm. 174, de 22 de julio de 1998.

32 BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1999.

33 BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008.

34 El art. 32(g) del Reglamento de Actividades Arqueológicas (Decreto 168/2003, de 17 junio, BOJA núm. 134/2003, de 15 de julio de 2003), al referirse a la memoria provisional de resultados de una excavación, advierte que “[e]n caso de excavaciones arqueológicas, se detallarán las medidas de conservación preventiva de las estructuras arqueológicas halladas, cuando el soterramiento de las mismas no sea lo más conveniente” (énfasis añadido).

35 BOE núm. 85, de 9 de abril de 1999.

si la índole del hallazgo lo demanda; todo ello sin perjuicio de que se tomen las medidas oportunas para asegurar su protección en caso de riesgo o peligro de expolio”.

- (f) En el caso del País Vasco, el art. 38(3)(a) de la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco³⁶, establece que “[l]as únicas actividades autorizables serán aquellas de carácter científico, enfocadas a la investigación arqueológica, así como al mantenimiento de los restos *in situ*, salvo las excepciones recogidas en su régimen de protección particular”.

Junto a la regulación limitada en estos casos precisos, tres comunidades autónomas —la cántabra, la gallega y la murciana³⁷— han ido más allá, incorporando de manera más precisa y con un contenido más amplio el principio de protección *in situ*:

- (a) Así, en el caso de Cantabria, el art. 76(3)(b) *in fine* de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria³⁸, advierte de que “[e]n la prospección subacuática sólo podrán realizarse desplazamientos moderados de arena sin extracción ni remoción de material arqueológico alguno, siempre que se haga constar expresamente en el permiso administrativo”; y en su art. 79(1) se establece lo siguiente: “Excepcionalmente, cuando razones de interés público o utilidad social obliguen a trasladar estructuras o elementos de valor arqueológico, por resultar inviable su mantenimiento en su sitio originario, o peligrar su conservación, se documentarán científica y detalladamente sus elementos y características, a efectos de garantizar su reconstrucción y localización en el lugar que determine la Consejería de Cultura y Deporte, que será quien autorice la intervención”.

36 BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2019. Véase asimismo el Decreto 341/1999, de 5 octubre 1999, sobre Condiciones de traslado, entrega y depósito de los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV núm. 201/1999, de 20 de octubre de 1999).

37 Salvo error u omisión, no nos consta que la legislación autonómica del Principado de Asturias prevea ningún supuesto, ni siquiera para los casos de hallazgo. Tan sólo cabría inferirlo, con cierto voluntarismo, del art. 67(3) de la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural (BOE núm. 135, de 6 de junio de 2001), cuando señala que “[l]os restos y objetos de interés descubiertos por azar o mediante la realización de actividades arqueológicas o paleontológicas no autorizadas tienen la consideración de bienes de dominio público. En ningún caso, les será de aplicación lo dispuesto por el art. 351 del Código Civil. Su depósito, *cuando hayan sido separados de su contexto*, se realizará obligatoriamente en el Museo Arqueológico de Asturias o en las dependencias paleontológicas que se determinen reglamentariamente” (énfasis añadido).

38 BOE núm. 10 de 12 de enero de 1999.

- (b) En el caso gallego, su Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia³⁹ —y acaso por su más reciente redacción enmendando la anterior Ley de 1995— es la que mejor trata el patrimonio cultural subacuático localizado en su mar territorial y aguas interiores (reduciendo, pues, en su art. 102(1) la aplicación *ratione loci* de su legislación autonómica respecto de la estatal que iría hasta el límite exterior de la plataforma continental española). El art. 102(3) acoge expresamente como principio que informa el patrimonio cultural subacuático la conservación *in situ* de dicho patrimonio, que “deberá considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades sobre ese patrimonio”. En ello aplica *in casu* el principio general aplicable a la conservación de las estructuras arqueológicas: su art. 98(1) establece que “[a]l otorgar las autorizaciones que afecten al patrimonio arqueológico, la consejería competente en materia de patrimonio cultural velará por la conservación *in situ*, siempre que sea posible, de las estructuras arqueológicas”.
- (c) En el caso particular de la Región de Murcia, encontramos una excepción relativa por cuanto la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁴⁰ establece en su art. 34 (1) que “[l]os bienes inmuebles de interés cultural, en cuanto inseparables de su entorno, no podrán ser objeto de traslado o desplazamiento, salvo que el mismo se considere imprescindible por causa de fuerza mayor o interés social. En todo caso, se requerirá autorización de la dirección general con competencias en materia de patrimonio cultural [...], debiendo adoptarse las medidas oportunas para garantizar su integridad en dicho traslado”. Debe advertirse también que dicha ley autonómica parece primar igualmente la preservación *in situ* de los objetos arqueológicos, bien se obtengan de una excavación⁴¹ bien se trate de objetos hallados por azar⁴².

Vemos, pues, que la normativa autonómica se acomoda en general al principio recogido en la Convención UNESCO. No es una legislación que desarrolle el principio recogido en el Convenio (de hecho, la mayoría es anterior a la adopción de la Convención). Simplemente lo asume sin condicionarlo, más allá de incorporar

39 BOE núm. 147, de 18 de junio de 2016.

40 BOE núm. 176, de 22 de julio de 2008.

41 El art. 55(1)(a) de esta Ley define las excavaciones arqueológicas como “actividades de documentación y, *en su caso*, extracción de restos arqueológicos o paleontológicos, con remoción de tierras, orientadas a la investigación y reconstrucción del pasado” (énfasis añadido).

42 El art. 58(2) establece que “[l]os objetos cuya extracción requiera remoción de tierras y los restos subacuáticos sólo están sujetos al deber de comunicación del hallazgo, exceptuándose la obligación de entrega, *debiendo quedar en el lugar donde se hallen* hasta que la dirección general con competencias en materia de patrimonio cultural acuerde lo procedente” (énfasis añadido).

su propias circunstancias de aplicación pues su contenido es “suficientemente preciso” para hacerlo aplicable directamente por la Administración (es, en este sentido, “normativamente perfecto”). Falta, pues, incorporar de manera clara y precisa el principio de protección *in situ* como primera opción en el que venga a ser el texto general que sustituya a la actual Ley 16/1985. A falta de este perfeccionamiento normativo, cabe señalar que la regla recogida en el artículo 2(5) y la Norma 1 de la Convención UNESCO queda hoy ya suficientemente acomodada en el ordenamiento jurídico español.

2.1.2. La exclusión del salvamento marítimo

La Convención UNESCO trata en un mismo artículo el régimen del derecho de salvamento y el de hallazgos en relación al patrimonio cultural subacuático. El artículo 4 establece lo siguiente:

“Ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural subacuático a la que se aplica la presente Convención estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgos, a no ser que:

- (a) esté autorizada por las autoridades competentes, y
- (b) esté en plena conformidad con la presente Convención, y
- (c) asegure que toda operación de recuperación de patrimonio cultural subacuático se realice con la máxima protección de éste”.

De la redacción de este precepto cabe destacar dos cuestiones: en primer lugar, su redacción como excepción a la regla (*ninguna actividad...*), esto es, en principio ni la legislación relativa al salvamento marítimo ni la relativa a los hallazgos debería aplicarse al patrimonio cultural subacuático salvo que, en segundo lugar, se cumplan con *todas* las condiciones que cumulativamente se establecen (señálese aquí la conjunción copulativa *y*). No bastaría pues con la autorización de la autoridad competente, lamentablemente tan fácil de conseguir en muchos países, incluso el nuestro, sino que la aplicación del derecho de salvamento o de hallazgos al patrimonio cultural subacuático esté en plena conformidad con la Convención y permita la máxima protección de los objetos recuperados o hallados.

Esto, como se ha demostrado en numerosas ocasiones, es generalmente imposible, sobre todo en el caso del derecho de salvamento⁴³. Como es bien sabido —y España lo ha sufrido en dos conocidos casos⁴⁴—, el derecho de salvamento tal

43 De la cuestión del derecho de hallazgos nos ocupamos más adelante, en el epígrafe 2.2.1.

44 AZNAR GÓMEZ, M.J., “Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales: Los casos de la *Mercedes* y del *Louisa*”, *Anuario de la Facultad de*

y como lo entienden las jurisdicciones de *common law* ha venido siendo aplicado al patrimonio cultural subacuático, tratándolo como un conjunto de objetos más, considerados en “peligro” a los que “voluntariamente se rescata” para devolverlos al “*mainstream of commerce*”, cumpliendo con ello con las tres condiciones básicas del *salvage law*. Ello ha sido así aceptado fundamentalmente por tribunales del *admiralty law* en los Estados Unidos, foro al que habitualmente acudían los cazadores de tesoros. Sin embargo, precisamente a raíz de la discusión sobre la propiedad e inmunidad de tres fragatas españolas —la *Juno*, la *Galga de Andalucía* y la *Mercedes*— y la interminable saga de decisiones sobre los restos del *Titanic*, los tribunales norteamericanos han cambiado su jurisprudencia sobre la aplicación del *salvage law* al patrimonio cultural subacuático, entendiendo que para los objetos históricos hallados en el mar debe prevalecer su valor cultural sobre su posible valor comercial⁴⁵.

¿Qué ha ocurrido en España con la posible aplicación del derecho de salvamento al patrimonio cultural subacuático? La Ley 60/1962, de 24 de diciembre de 1962, que regulaba los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas⁴⁶, ni preveía el caso del patrimonio cultural subacuático ni excluía su aplicación. Simplemente no lo planteaba. Durante demasiado tiempo, sin embargo, el vacío legal produjo que el expolio de dicho patrimonio no necesitara, siquiera, de la justificación en razonamiento legal alguno; y en demasiadas ocasiones, lamentablemente, eran las propias autoridades —en nombre del Estado o para disfrute personal de esas autoridades— las que llevaban a cabo acciones de rescate de muchas piezas que hoy siguen deteriorándose en arsenales, calles o propiedades particulares. A ello cabe sumar la labor incesante, entre amateur y profesional, de tantos pescadores, buzos y visitantes de nuestras costas que, sin reparo alguno (y sin reacción administrativa o penal efectiva) han expoliado una gran parte de los yacimientos arqueológicos submarinos de las costas españolas⁴⁷.

Ahora bien, estos casos de expolio subacuático en España y la adopción de la Convención UNESCO en 2001 alteraron profundamente la percepción de la

Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, vol. 19, 2015, pp. 47-77.

45 Véase este cambio en SCHOENBAUM, T.J., “Pecios históricos y salvamento marítimo: el cambio en la jurisprudencia de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 25, 2020, pp. 13-50.

46 BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 1962. Véase sobre esta ley para nuestro caso MOREU BALLONGA, J.R., “Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, pp. 171-208.

47 Para un recuento general de la situación hasta el comienzo del siglo actual, puede verse el número monográfico de la revista *Monte Buciero* (vol. 9, 2003); y el trabajo de MEDEROS MARTÍN, A. y ESCRIBANO COBO, G., “Los inicios de la arqueología subacuática en España (1947-1948)”, *Mayurqa*, núm. 31, 2006, pp. 359-395.

sociedad sobre la riqueza escondida bajo el agua⁴⁸. La administración española —central y autonómica—, que ya había comenzado a reaccionar a comienzos de la década de 1990 tras la adopción de la LPH en 1985 y en gran medida por la presión *ilustrada* de arqueólogos e historiadores⁴⁹, comenzó a asumir que el patrimonio cultural subacuático y su protección debería estar presente en el entramado legislativo y estratégico de España a partir de ese momento⁵⁰. De ahí que cuando en 2006 el Gobierno llevó a las Cortes el primer proyecto de una nueva legislación marítima⁵¹, la comunidad científica arqueológica reaccionara de nuevo y, a través de la entonces Dirección General de Patrimonio Histórico del Ministerio de Cultura, se lograran introducir toda una serie de cuestiones en la nueva ley relativas a la protección del patrimonio cultural subacuático⁵². Entre ellas, de manera especial, estaba la cuestión del salvamento marítimo.

Debe decirse que, sin gran discusión por parte de la Administración, de las Cortes o del conjunto de operadores marítimos que pudieran verse afectados, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM)⁵³ finalmente estableció en el párrafo 3 de su artículo 358 que

48 Puede verse aquí RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., “The Odyssey Case: press, public opinion and future policy”, *The International Journal of Nautical Archaeology*, vol. 46, núm. 1, 2017, pp. 192-201.

49 Fíese el lector de este autor en este punto, que participó personalmente en todo ese proceso como co-autor del *Libro Verde sobre el Plan Nacional de Protección del Patrimonio cultural subacuático* (véase *supra* n. 27), como miembro de la Comisión Científica de dicho Plan, como patrono de ARQVA, como consejero-abogado del Reino de España en al asunto *Louisa* ante el TIDM, como colaborador en la redacción de la *Estrategia de Seguridad Nacional* de 2017 y como autor de diversos informes para los ministerios de Exteriores y Cultura en ese período.

50 Por primera vez, el expolio del patrimonio cultural subacuático se consideró una amenaza a la seguridad de la Nación en la *Estrategia de Seguridad Marítima Nacional* de 2013 (véase su texto en <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-mar%C3%ADtima-nacional>, actualmente en proceso de revisión). Como tal amenaza se mantuvo en la *Estrategia de Seguridad Nacional* de 2017 y se mantiene en su versión de 2021 (véase su texto en <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional-2017>).

51 El primer proyecto de ley se dio en la VIII Legislatura, caducando a su fin sin mucha actividad parlamentaria. Se reintrodujo en la IX Legislatura, decayendo nuevamente. Finalmente, el proyecto que culminó en ley se reintrodujo en febrero de 2013 (X Legislatura).

52 Quien les escribe fue autor de un informe al Ministerio en el que se llamaba la atención al respecto y se proponían diversos textos alternativos al del proyecto de ley. Gran número de ellos —en especial la propuesta de no aplicar el salvamento marítimo al patrimonio cultural subacuático— se incorporaron al texto aprobado en Cortes, como a continuación se verá.

53 BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Véase sobre esta ley, MARTÍN OSANTE, J.M. y EMPARANZA SOBEJANO, A. *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015; AA.VV. *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015; y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B y SANJUAN MUÑOZ, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Valencia, Tirant, 2016.

“[n]o se considerará salvamento operación alguna que tenga por objeto el patrimonio cultural subacuático, que se regirá por su legislación específica y los tratados internacionales vigentes en que España sea parte”.

El artículo 369 (3) de la misma ley advierte igualmente, en relación al régimen de los bienes naufragados y hundidos, que “[s]alvo previsión expresa en otro sentido en las normas de este capítulo, sus normas no serán de aplicación al patrimonio cultural subacuático, que se regirá por su normativa específica”. Y el artículo 381 —relativo a la extracción de bienes de comercio prohibido o restringido—, establece entre otras cosas que “[l]a extracción de [...]de objetos pertenecientes al patrimonio cultural subacuático y demás bienes de comercio prohibido o restringido quedará sujeta a las normas especiales aplicables y al régimen que, en su caso, se establezca en la autorización o contrato público para la correspondiente extracción”.

Mediante Real Decreto 371/2020, de 18 de febrero, se aprobó el Reglamento de Extracciones Marítimas⁵⁴, en cuyo artículo 30 se reitera la especialidad para el caso del patrimonio cultural subacuático, así como las condiciones precisas de las extracciones en dichos casos. Para ello, su artículo 36 establece lo siguiente, con una redacción manifiestamente mejorable:

“1. Las operaciones de exploración, rastreo, localización y estudio de buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, que formen parte del patrimonio cultural subacuático, solo podrán autorizarse por la Armada una vez que previamente se haya obtenido la correspondiente autorización de la autoridad competente de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico y cultural.

“2. La Armada podrá realizar la extracción de los bienes a que se refiere el apartado anterior, con medios propios o a través de un contrato de servicios, que se regirá por lo previsto en la legislación de contratos del sector público. También se podrán celebrar convenios con entidades públicas y privadas que tengan por finalidad la colaboración de las partes en la extracción. Para dicha extracción la Armada deberá, contar con autorización previa de la autoridad que, conforme a la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, resulte competente en la materia, y coordinarse con ella, tanto en lo que se refiere a las condiciones a que habrán de sujetarse las operaciones como en cuanto al destino que haya de darse a lo extraído, atendiendo en todo momento a lo establecido en la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático de 2001.

“3. Cuando se trate de hallazgos casuales, el descubridor deberá comunicarlo inmediatamente a la Armada”.

Cabría advertir para la mejora de su redacción que (1) se refiere únicamente a una parte del patrimonio cultural subacuático —los pecios—, y (2) se reconocen

54 BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2020

a la Armada facultades acaso excesivas, a pesar de que cualquier autorización o actividad por su parte dirigida a tales buques hundidos deban contar previamente con la autorización de la autoridad que, conforme a la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, resulte competente en la materia (ministerio y consejerías de cultura correspondientes). Puede entenderse el tenor de este precepto por referirse únicamente a los buques de Estado hundidos, esencialmente buques que en algún momento de su historia formaron parte de la Armada.

En todo caso y en gran medida, todo ello deriva del principio asumido por el legislador y plasmado en la LNM, como no podría ser de otro modo una vez que España ratificó la Convención UNESCO y esta entró en vigor en 2009, de respetar las obligaciones internacionales asumidas y adecuar nuestra legislación interna a las misma⁵⁵.

Ello viene expresamente reflejado en los artículos antes mencionados para las zonas marinas bajo soberanía española, aunque también se aplica al resto de zonas sobre los que España ejerce su jurisdicción. Así, el artículo 383(1) de la LNM establece lo siguiente:

“La regulación y autorización de actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en la zona contigua española, así como la autorización de actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental se regirán de acuerdo con lo previsto en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001 y demás tratados en los que España sea parte, así como en la legislación específica”.

Es interesante destacar, en línea con una práctica general consuetudinaria que parece haber alterado el artículo 303(2) de la CNUDM⁵⁶, que en la zona contigua española nuestras autoridades tienen la capacidad de *regular y autorizar* las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático, no así en la ZEE y plataforma

55 Y ello asimismo para los buques de guerra de terceros Estados hundidos en aguas españolas. Según el artículo 383(3) de la LNM, en una también discutible redacción, “[l]os restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción conforme a lo previsto en el artículo 50. No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001”.

56 Puede verse aquí nuestro trabajo “The contiguous zone as an archaeological maritime zone,” *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29, 2014, pp. 1-51. Recientemente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha hecho eco de esta ampliación de competencias del Estado ribereño sobre su zona contigua: *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, I.C.J. Reports 2022, párrafos 185-186.

continental, donde sólo se podrá autorizar, pero no regular, dichas actividades⁵⁷. Al regular, al menos, las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en nuestra zona contigua, es igualmente de aplicación en esa zona la limitación a la aplicación del derecho de salvamento a dicho patrimonio.

España, pues, ha hecho suya la intención de la Convención UNESCO, reflejada en su artículo 4, de hacer inaplicable en la medida de lo posible las normas relativas al derecho de salvamento al patrimonio cultural subacuático⁵⁸. En este sentido, no sólo nuestra legislación interna se adecua a las obligaciones internacionales asumidas por España sino también a otras obligaciones internacionales asumidas tras la negociación de la Convención UNESCO. Así, cabe advertir que, cuando en 2005 España depositó su instrumento de ratificación del *Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo*, hecho en Londres el 28 de abril de 1989⁵⁹, manifestó una reserva en virtud del artículo 30(1)(d) de dicho Convenio según la cual “el Reino de España se reserva el derecho a no aplicar las disposiciones de dicho Convenio [...] Cuando se trate de un bien marítimo de carácter cultural que presente un interés prehistórico, arqueológico o histórico y que se encuentre en el fondo del mar”.

2.2. Algunas cuestiones pendientes de resolver

Sin embargo, frente a estas cuestiones ya resultas que afectan determinante-mente a la protección del patrimonio cultural subacuático en su contexto arqueológico y natural, así como a la no comercialización de dicho patrimonio, otras dos cuestiones cercanas no han acabado de ser resueltas, si bien cabe inferir —a la espera de una regulación más clara y precisa— una interpretación favorable a la protección del patrimonio cultural subacuático en España una vez no se le aplique el derecho de hallazgos y se regule estrictamente el comúnmente llamado “detectorismo”⁶⁰. Quedaría pendiente, sin embargo, una adecuación igualmente más

57 Lo cual se presta a confusión: para autorizar hay que regular. En todo caso, cabe entender que se hará (1) según se establece en los artículos 9 y 10 de la Convención UNESCO; y (2) en relación con otros derechos derivados de la soberanía o jurisdicción de España en esas zonas según el Derecho internacional y, en particular, la CNUDM.

58 Recuérdese que la Convención no lo prohíbe totalmente, como sí lo hace plausiblemente nuestra legislación desde 2014 al entrar en vigor la LNM.

59 BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2005.

60 No aceptado el término por la RAE, el “detectorismo” —generalmente amateur pero agrupado y conectado a través de numerosas páginas web, donde abundan los foros, muchas de ellas comerciales que proveen de detectores de metales y otras que conecta al lobby de los “detectoristas” (también conocidos como “piteros”)— mantiene una lucha con las administraciones para que permitan su actividad consistente, básicamente, en buscar objetos metálicos de algún valor (a veces incalculable) para introducirlos en el mercado, mayormente oculto. Debe verse para un análisis completo (y comprensiblemente vehemente) de la lucha contra el “detectorismo”, el libro de Ignacio RODRÍGUEZ

precisa del régimen sancionador —administrativo y penal— para las conductas contrarias a aquella protección.

2.2.1. Régimen de hallazgos y “detectorismo”

En relación al derecho de hallazgos, la cuestión estaba aparentemente regulada por el artículo 22 de la Ley 60/1962 antes mencionada, según el cual no eran aplicables las reglas del hallazgo a “las cosas que, por su naturaleza o por precepto legales, estén exceptuadas del libre comercio, las cuales, se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia”. Cabe entender que, por su propia naturaleza, los bienes arqueológicos quedan fuera del libre comercio: según el artículo 40(1) de la LPH, los bienes pertenecientes al patrimonio cultural subacuático forman parte del Patrimonio histórico español⁶¹. Y, como señala el párrafo 1 del artículo 44 de mesa misma LPH:

“[s]on bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil”.

Tales objetos quedan pues también excluidos de las reglas relativas al tesoro oculto, tal y como se regula en el artículo 351 del Código Civil⁶². Sin embargo, los detectoristas (permítame el lector utilizar a partir de ahora este “palabro” y sus derivadas sin las preceptivas comillas) sostienen, más allá de la bondad de sus actividades, pues comparten con los cazatesoros el argumento según el cual

TEMIÑO, *Indiana Jones sin futuro. La lucha contra el expolio del patrimonio arqueológico*, Madrid, IAS Arqueología Editorial, 2012, y la bibliografía en el mismo citada (disponible en <https://www.academia.edu/42789505/IndianasJonessinfuturoLaluchacontraelexpoliodelpatrimonioarqueológico>).

61 Dice dicho artículo que “forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo, de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes”.

62 Este artículo reza como sigue: “El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá de conformidad a la declarado”.

sin ellos no se conocería gran parte de los “tesoros escondidos bajo tierra o mar”; sostienen —decía— que la LPH no les es aplicable pues su actividad no es de investigación, ni la misma está aparentemente sancionada en dicha ley, ni sus hallazgos cabría calificarlos como casuales, como exige la LPH. Es decir, un cúmulo de argumentos *pro domo sua* que pretenden esconder la realidad: que son un conjunto de personas, armados con detectores de metales, que salen al campo o a las playas (cuando no bajo el agua), a buscar y recoger objetos de naturaleza principalmente metálica —monedas, joyas, restos de antiguos ropajes históricos o armas— con la intención de ponerlos a la venta habitualmente de modo subrepticio. Éste es, básicamente, el propósito del *lobby* del *hobby*, pues así califican su actividad, intentando blanquearla⁶³.

El problema para ellos es que resulta imposible justificar una actividad que (1) nunca es llevada por científicos y según criterios científicos (aunque en demasiadas ocasiones reciban información y consejo de algunos especialistas en las diversas materias relacionadas con la arqueología en la búsqueda de objetos valiosos); (2) suponen en la inmensa mayoría de los casos un daño irreparable a un yacimiento arqueológico, cuyos objetos extraídos acaso no sean los de mayor relevancia histórica pero sí imprescindibles para contextualizar el hallazgo; y (3) colocan en el mercado, en manifiesta ilicitud, objetos de tráfico restringido, que acaban en manos de traficantes de todo tipo de pelaje: desde minoristas que menudean con monedas antiguas en el *rastro* a (re)conocidos vendedores de guante blanco en galerías situadas en las calles más elegantes de nuestras ciudades. Muchas piezas, al final —y precisamente por su oscuro hallazgo y tráfico— acaban en una colección privada en domicilios particulares para el fatuo onanismo visual de dueños acaudalados sin escrúpulos.

Así lo sufrimos, por ejemplo, en el asunto *Louisa* ante el TIDM, donde tuvimos que mostrar al Tribunal el arsenal de detectores de metales que la Guardia Civil incautó a bordo del buque y cuyo propósito, según San Vicente y las Granadinas (en este caso escamoteando la actividad de los cazatesoros estadounidenses y españoles implicados), era la búsqueda con los mismos ... ¡de gas y petróleo en la Bahía de Cádiz! La testifical de los expertos presentados por España aclaró su uso, poniendo en evidencia la actividad presuntamente minera de los expoliadores⁶⁴.

63 Es innegable —y así debe constar en estas líneas— que entre esa comunidad de detectoristas pueden encontrarse muchas personas que entiendan su actividad como un verdadero *hobby*, sin voluntad delictiva alguna. Sin embargo, el mero hecho de alterar los estratos en tierra o bajo el agua puede suponer un daño, a veces irreparable, al patrimonio arqueológico. Mitigar ese más que probable daño, principio esencial del derecho del patrimonio cultural, es el que preside estas reflexiones.

64 Véase los *verbatim records* de 9 de octubre de 2012 del caso en ITLOS/PV.12/C18/8/Rev.1 e ITLOS/PV.12/C18/9/Rev.1 (disponibles en <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-18/>).

Y es que, en el caso de España, la regulación jurídica sobre el uso de detectores de metales resta mucho de ser la adecuada, a pesar de las indicaciones recibidas desde algunas instancias internacionales⁶⁵. Ya en 1981, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (CdE) se refería a la cuestión “Detectores de metales y arqueología” en su Recomendación 921 (1981)⁶⁶ y, preocupada por “the growing threat to the archaeological heritage caused by the increasing marketing of metal detectors in Europe and their uncontrolled widespread use”, así como deseosa de que la legislación de los Estados miembros del CdE “should take specific account of the problems created by public use of metal detectors”, recomendó que el Consejo de Ministros del CdE “consider adopting, as a matter of urgency, recommendations to governments for the licensing or registration of users of metal detectors”⁶⁷.

Lamentablemente, y en gran medida fruto del carácter meramente recomen-
datorio de esta decisión, el daño a los yacimientos arqueológicos por el uso de
los detectores de metales no cesó, más bien aumentó. En previsión, esa misma
recomendación 921 reclamaba que “the European Convention being drafted on
offences relating to works of art, covers explicitly the offence of the unauthorised
use of metal detectors in prospection”⁶⁸. Como así ocurrió con el Convenio de La
Valeta, cuyo artículo 3 establece que:

“[c]on objeto de preservar el patrimonio arqueológico y de garantizar la signifi-
cación científica de los trabajos de investigación arqueológica, cada Parte se com-
promete a [...] (iii) someter a autorización específica previa, en los casos previs-
tos en la legislación interna del Estado, el empleo de detectores de metales y de
cualesquiera otros equipos de detección o procedimientos para la investigación
arqueológica”.

No se trata ya de una mera recomendación sino de una obligación a cargo del
Estado de regular el uso de los detectores, si bien la técnica jurídica empleada
no aparenta ser la más adecuada. Como advierte el *Explanatory Report* de esta
convención, “prior authorisation of the use of metal detectors or ‘any other de-
tection equipment’ applies only to ‘archaeological investigation’”⁶⁹, lo cual podría
restringir el propósito esencial buscado en dicho precepto. De ahí que continúa
explicando lo siguiente:

65 Véase el completo y reciente trabajo de BARCELONA LLOP, J., “Propuestas jurídicas para el control de la utilización de los detectores de metales”, *Revista d’Arqueologia de Ponent*, núm. 30, 2020, pp. 175-194 [DOI: 10.21001/rap.2020.30.8].

66 Recomendación 921 (1981) de 1 de julio de 1981 sobre Detectores de metales y arqueología. Véase su texto en <https://pace.coe.int/en/files/14955/html>.

67 *Ibid.*, preámbulo y apartado 14(2).

68 *Ibid.*, apartado 14(1).

69 *Explanatory Report to the European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (Revised)*, La Valetta, 16 de enero de 1992, p 3. Véase su texto en <https://rm.coe.int/16800cb5e0>.

“Indiscriminate use of metal detectors leads to substantial loss of the archaeological heritage, particularly through the destruction of context. For example, once something is registered by the machine the over-whelming impulse is to dig it up. There is no way of knowing whether the find is of major archaeological importance or a discard of the twentieth century. The result in either case is that the soil is violently disturbed and any non-metallic substances and traces destroyed. The provision applies to searching for archaeological objects on both public and private land. The phrase ‘any other detection equipment’ is intended to cover equipment used for a similar purpose such as ultra-sound and ground radar”.

Así entendido el artículo 3(iii) del Convenio de La Valeta, esto es, el deber de regular el uso de los detectores de metales como instrumento que puede dañar el patrimonio arqueológico, no se alcanza a entender que el mandato así expresado no haya tenido eco suficiente en el legislador español. Al poco de adoptarse la Recomendación 921 citada, se promulgó en España la LPH de 1985⁷⁰, que nada dice. Asimismo, numerosas legislaciones autonómicas fueron promulgadas o revisadas a partir de esa fecha, y tan sólo unas pocas recogen, no ya la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del CdE sino el mandato del Convenio de La Valeta, parte de nuestro ordenamiento jurídico desde 2011.

Los casos más significativos y completos son los de Andalucía y Galicia, cuya legislación sobre el patrimonio histórico regula la cuestión del modo más comprensivo. Así, el artículo 60 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía⁷¹ —cuyo texto merece ser reproducido *in extenso*⁷²— determina lo siguiente:

70 De hecho, su art. 76 no sanciona administrativamente el uso de los detectores de metales.

71 BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008.

72 En el caso gallego, el texto del art. 101 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia (BOE núm. 147, de 18 de junio de 2016), establece de manera análoga lo siguiente:

“1. El uso de detectores de metales o de otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, en ámbitos protegidos por su valor cultural o con la finalidad de encontrar bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia o que potencialmente puedan tener valor cultural, deberá ser autorizado por la consejería competente en materia de patrimonio cultural. Podrán eximirse de esta autorización los usos que se establezcan reglamentariamente.

“2. La persona interesada deberá presentar una solicitud en la que indicará el ámbito territorial y la fecha o plazo para el uso de detectores de metales o de otras herramientas, así como los demás requisitos que se establezcan reglamentariamente.

“3. La autorización deberá ser concedida y notificada en el plazo de tres meses. Tras transcurrir este plazo, la persona interesada podrá entender desestimada la solicitud.

“4. La autorización se otorgará con carácter personal e intransferible e indicará el ámbito territorial y la fecha o plazo para su ejercicio.

“5. En todo caso, cuando con ocasión de la ejecución del uso o actividad autorizados se detecte la presencia de restos arqueológicos de cualquier índole, la persona autorizada

“1. El uso de detectores de metales u otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, aun sin ser ésta su finalidad, deberá ser autorizado por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico. Podrán eximirse de esta autorización los usos que se establezcan reglamentariamente.

“2. La persona interesada deberá presentar solicitud en la que indicará el ámbito territorial y fecha o plazo para el uso de detectores de metales u otras herramientas y demás requisitos que se establezcan reglamentariamente.

“3. La autorización deberá ser resuelta y notificada en el plazo de tres meses. Transcurrido dicho plazo, la persona interesada podrá entender desestimada la solicitud.

“4. La autorización se otorgará con carácter personal e intransferible, debiendo indicarse el ámbito territorial y la fecha o plazo para su ejercicio. La administración comunicará esta autorización a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

“5. En todo caso, cuando con ocasión de la ejecución del uso o actividad autorizados se detectara la presencia de restos arqueológicos de cualquier índole, la persona autorizada suspenderá de inmediato el uso o actividad autorizados, se abstendrá de realizar remoción del terreno o intervención de cualesquiera otra naturaleza y estará obligada a dar conocimiento, antes del término de veinticuatro horas, a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico o al Ayuntamiento del término en el que se haya detectado el resto arqueológico, o, en su defecto, a la dependencia más próxima de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

“6. En los hallazgos a que se refiere el apartado 5, no habrá derecho a indemnización ni a premio alguno.

“7. Los Estatutos de las asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia entre cuyos fines se encuentre la detección de objetos, metálicos o de cualquier otra naturaleza, que se encuentren en el subsuelo deberán recoger, de forma expresa, la obligatoriedad de obtener la autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico para la localización de restos arqueológicos”.

Varios elementos merecen destacarse de las legislaciones andaluza y gallega, que bien podrían exportarse al resto de legislación autonómica y, en su momento, a la propia LPH cuando se enmiende⁷³:

suspenderá de inmediato el uso o actividad autorizados, así como cualquier otra actividad que suponga la instalación de elementos sobre el fondo, su remoción o afectación, se abstendrá de realizar remociones del terreno o intervenciones de cualquier otra naturaleza y estará obligada a dar conocimiento, antes del plazo de veinticuatro horas, a la consejería competente en materia de patrimonio cultural o, en su defecto, a la dependencia más próxima de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

“6. En los hallazgos a los que se refiere el apartado anterior no habrá derecho a indemnización ni a premio”.

73 Pues nada obsta competencialmente a que, en las medidas de prevención y sanción del expolio (art. 149(1)(28) de la Constitución) el Estado mantenga y ejerza las competencias reconocidas. Véase BARCELONA LLOP, *ob.cit.*, *supra* n. 65, pp. 183-185.

- En primer lugar, el uso de detectores —limitado personal, espacial y temporalmente— queda sometido a autorización previa por parte de la administración, cuya decisión queda sometido a silencio administrativo negativo;
- En segundo lugar, en caso de detección de restos arqueológicos, se establece la obligación a cargo del autorizado de (i) no remover el terreno ni alterar su contexto y (ii) comunicar inmediatamente los hechos a la autoridad más cercana;
- En tercer lugar, en ningún caso se ofrece premio alguno por la detección de los objetos; y
- En cuarto lugar, e interesantemente, se obliga a las asociaciones de detectorismo a incorporar en sus estatutos la obligación de atender a este régimen jurídico.

De manera distinta —y a nuestro entender más limitada y defectuosamente—, la legislación de la Comunidad Valenciana regula esta cuestión en el artículo 60 bis de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano⁷⁴, añadido en la reforma de 2015, en los siguientes términos:

“1. El uso de detectores de metales u otras herramientas o técnicas análogas que permitan localizar restos de naturaleza arqueológica o paleontológica, aun sin ser ésta su finalidad, deberá ser autorizado por la conselleria competente en materia de cultura.

“2. Reglamentariamente se determinarán las condiciones de la autorización, que en todo caso requerirá la autorización del propietario del terreno, tendrá carácter personal e indicará su ámbito territorial y temporal. Asimismo se podrán determinar usos y ámbitos exentos de la necesidad de autorización administrativa.

“3. Los objetos y restos materiales hallados con la utilización de estos dispositivos que posean los valores que son propios del patrimonio arqueológico o paleontológico quedan sujetos a lo dispuesto en el artículo 64, y en ningún supuesto se entenderán hallados por azar”.

Ahora bien, el artículo 37 del Decreto 107/2017, de 28 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de regulación de las actuaciones arqueológicas en la Comunitat Valenciana⁷⁵, determina los usos y ámbitos en los que es necesaria la autorización administrativa para el uso de detectores, y aquéllos que están exentos:

“1. El uso de detectores de metales u otras herramientas o técnicas que permitan localizar restos arqueológicos, aun sin ser esta su finalidad principal o exclusiva,

74 BOE núm. 174, de 22 de julio de 1998 (la reforma por la Ley 10/2015, de 29 de diciembre, está en vigor desde el 1 de enero de 2016).

75 DOGV núm. 8157 de 26 de octubre de 2017.

deberá contar con la autorización previa de la Conselleria competente en materia de cultura.

“2. No será necesaria la autorización mencionada en el apartado anterior cuando el uso de estos aparatos sea realizado por:

a) La Administración General del Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de defensa.

b) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el ejercicio de sus atribuciones.

c) El personal autorizado de las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y servicios de telecomunicaciones, siempre bajo la supervisión y responsabilidad de las referidas empresas.

d) Las empresas que cuenten con la autorización del órgano competente en materia de actividades mineras.

e) El equipo de un proyecto arqueológico cuando sea consecuencia de un proyecto de actividad arqueológica aprobado conforme a lo establecido en el presente reglamento.

“3. Se exceptúa de la necesidad de recabar la citada autorización, cuando se realice en ámbitos de pública y masiva concurrencia como parques y jardines, así como en lugares donde se celebren frecuentemente eventos y espectáculos, siempre y cuando estos ámbitos no se encuentren incluidos en la Carta Arqueológica de la Comunitat Valenciana o situados a menos de 100 metros de los mismos”.

Este último párrafo plantea problemas por cuanto, en lo que aquí nos importa, las playas y zonas costeras pueden considerarse “ámbitos de pública y masiva concurrencia” que, de no estar incluidos en la Carta Arqueológica de la Comunitat Valenciana o situados a menos de 100 metros de los mismos, serían objeto de acceso libre a los detectoristas, afectando directamente al patrimonio cultural subacuático localizado en esos ámbitos marítimos. El 15 de marzo de 2021, la Dirección General de Cultura y Patrimonio de la Generalitat Valenciana (DGPGVA) hizo pública la “Circular de la Dirección General de Cultura y Patrimonio sobre la tramitación de permisos de detectores de metales”⁷⁶. En esa circular, tras recordar que el dominio marítimo-terrestres es un ámbito de ejercicio competencial diverso (en particular, compartido con el Estado en virtud de la legislación de costas⁷⁷), y tras recabar informe de la dirección provincial de costas, se advierte que el artículo 110(b) de la Ley de Costas establece que corresponde a la Administración del Estado la gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento; pero que

76 Disponible en <https://ceice.gva.es/documents/161868724/163466641/Circularde-tectoristas/ba664af2-7b32-4ec7-8b3e-6e8585697b91>.

77 Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE núm. 181 de 29 de julio de 1988, “Ley de Costas” de ahora en adelante). Debe tenerse en cuenta el Real Decreto 668/2022, de 1 de agosto, por el que se modifica el Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre (BOE núm. 184 de 2 de agosto de 2022).

también el uso de detectores de metales en la playa puede considerarse incluida entre las actividades descritas en el artículo 31(1) de dicha Ley, ya que dicha actividad “consiste simplemente en que un usuario particular pasee por la playa con un equipo portátil detector de metales, sin que requiera la ejecución de obras e instalaciones y sin que tenga, en principio, especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad”. Teniendo ello en consideración, la DGPGVA, en su mencionada circular, tras advertir que

“el hecho de que dicha actividad así desarrollada no necesite autorización conforme a lo establecido en la normativa de costas, no exime del cumplimiento de cualquier otra normativa que le sea de aplicación ya sea de forma directa, como por ejemplo una ordenanza municipal que regula los usos de un tramo de playa determinado, compatibles con la Ley de Costas, o de forma indirecta, como puede serla que haga referencia al patrimonio histórico, en caso de encontrar piezas o restos arqueológicos, o lo que establece el Código Civil respecto a cómo proceder con el hallazgo de objetos perdidos, entre otras”;

determina que

“con el fin de agilizar las autorizaciones para el uso de detectores de metales, podemos concluir que las playas litorales se consideran exentas de la necesidad de autorización administrativa, excepto siempre y cuando estos ámbitos no se encuentren incluidos en la Carta Arqueológica o situados a menos de 100 metros de estos”.

Uso libre, pues, de los detectores de metales salvo en esos ámbitos protegidos, listados en la mencionada Circular y que creemos contraproducente para la mejor protección del patrimonio cultural subacuático costero.

Otras comunidades autónomas regulan también el uso de detectores de manera disímil, alejándose del buen criterio de las comunidades autónomas andaluza y gallega. Así, por ejemplo, en el caso de Castilla y León, el Decreto 58/1994, de 11 de marzo, sobre prospecciones arqueológicas, utilización y publicidad de aparatos detectores de metales en actividades que afecten al Patrimonio Arqueológico de la Comunidad de Castilla y León⁷⁸, tras establecer en su artículo 1 que “[t]oda prospección arqueológica que se realice en la Comunidad de Castilla y León requerirá autorización expresa del órgano administrativo competente de la Consejería de Cultura y Turismo”, en su artículo 2 determina lo siguiente:

“Se consideran prospecciones arqueológicas a los efectos previstos en este Decreto:

a) Las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre restos históricos o paleontológicos y sobre los componentes geológicos con ellos relacionados.

78 Disponible en <https://bocyl.jcyl.es/boletines/1994/03/15/pdf/BOCYL-D-15031994-10.pdf>.

b) La utilización de aparatos que permitan la detección de objetos metálicos para la búsqueda de objetos susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica⁷⁹.

En el caso de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha⁸⁰, su artículo 50(3) simplemente señala que “[e]l uso de detectores de metales y dispositivos de naturaleza análoga en ámbitos territoriales recogidos en el Inventario de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, deberá ser autorizado por la Consejería competente en materia de patrimonio cultural”, dejando pues el resto del territorio libre al uso de tales aparatos. Y en otros casos, exigiendo la autorización para cualquier actividad o prospección arqueológica, el uso de detectores se enmarca en esa autorización, cometiendo infracción grave en caso contrario, como sería el caso por ejemplo de la Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural, para el caso del Principado de Asturias⁸¹.

Mientras, en el caso de Cantabria, su Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria⁸², escuetamente establece en su 78(2) que “[s]e prohíbe el uso de detectores de metales y aparatos de tecnología similar fuera de las actuaciones legalmente autorizadas en el marco de esta Ley”.

En otros casos, con peor (Madrid) o mejor redacción (Baleares o Aragón), se pretende limitar el uso de los detectores de metales, creándose sin embargo ciertos vacíos normativos al referirlos en demasiadas ocasiones a las actividades o a las zonas arqueológicas reguladas en cada comunidad autónoma⁸³.

En general, salvo el caso de Andalucía y Galicia, el uso de los detectores merecería una más clara y completa regulación. La solución podría venir, perfectamente, de recoger en la legislación estatal —específicamente en la nueva LPH bajo la denominación que se le dé en la reforma en curso— la limitación general del uso

79 El caso de Extremadura es idéntico al castellano-leonés. Véase el Decreto 37/1997, de 19 de marzo, sobre prospecciones arqueológicas y utilización de aparatos detectores de metales en actividades que afecten al patrimonio histórico de la comunidad autónoma de Extremadura (*Diario Oficial de Extremadura* núm. 36, de 25 de marzo de 1997), a la luz de la posterior Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (*BOE* núm. 39, de 11 de junio de 1999).

80 *BOE* núm. 240, de 7 de octubre de 2013.

81 *BOE* núm. 135, de 6 de junio de 2001, artículo 63.2.

82 *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 1999, artículo 130(j).

83 Véase una evaluación en RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., “Los detectores de metal y el expolio del Patrimonio Arqueológico: algunas propuestas de actuación en Andalucía”, *PH Boletín*, núm. 30, 2000, pp. 32-49. Algunas legislaciones autonómicas, como hemos advertido aquí, se han visto modificadas favorablemente desde la fecha de publicación de este trabajo de Rodríguez Temiño, del cual sirven las consideraciones generales, acertadas a nuestro modo de ver.

de detectores de metales mediante el expediente de autorización administrativa siguiendo el modelo de la legislación autonómica andaluza. Y lo puede hacer el Estado, seguido a continuación por las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias, que son casi todas⁸⁴. El patrimonio cultural subacuático plantea, además, el complejo régimen competencial —estatal o autonómico— en las aguas bajo soberanía o jurisdicción españolas⁸⁵. De ahí, a mi modo de ver, la importancia de la legislación estatal general, completada por la autonómica, cumpliendo con el mandato del Convenio de La Valeta y en línea, como hemos ya dicho, de lo avanzado por la legislación andaluza y gallega. Pero ello debe acompañarse por —y enmarcarse en— un completo y ajustado régimen sancionador del expolio del patrimonio cultural subacuático en general.

Finalmente, cabe hacer una reflexión general sobre el régimen general de hallazgos en relación al patrimonio cultural subacuático. El hallazgo —y su premio, aún persistente en nuestra legislación: véase el artículo 44 de la LPH— debe ser *casual* para poder generar el derecho a ese premio que nuestra legislación reconoce⁸⁶. Como lo evidencia la práctica y lo manifiestan los expertos⁸⁷, los hallazgos

84 A tenor de lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional, muy particularmente a partir de su sentencia 17/1991, de 31 de enero (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991), seguidas por otras muchas (véase aquí de nuevo el trabajo citado de BARCELONA LLOP, *supra* n. 65, pp. 183-185), bajo el paraguas genérico de la lucha contra el expolio corresponde al Estado cualquier actuación que considere oportuna en ese ámbito, incluso completar o mejorar la legislación vigente.

85 Sobre este tema, compartimos la visión crítica —apoyada en la jurisprudencia constitucional así como en la doctrina del Consejo de Estado, a su vez basadas en el bloque de constitucionalidad y la asunción de competencias en materia de patrimonio cultural por las CC.AA.— según la cual las competencias son esencialmente estatales, sin negar importantes competencias residuales y complementarias de las CC.AA. Véanse a este respecto, por cuanto acompañan el razonamiento general teórico sobre ese debate competencial con un análisis del caso, los trabajos de BELANDO GARÍN, B., “El alcance de las competencias autonómicas sobre patrimonio arqueológico subacuático (Especial atención a la Comunidad Valenciana)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 68, 2006, pp. 151-178; y ÁLVAREZ GÓNZALEZ, E.M., “Disfuncionalidades de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España. Especial referencia al caso Odyssey”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pp. 323-373.

86 El párrafo 3 de dicho art. 44 establece que, cumpliéndose las condiciones de debida diligencia y comunicación que ese artículo recoge, “[e]l descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción”. Debe tenerse en cuenta que el Estado sería siempre el propietario del lugar donde se produciría el hallazgo: los espacios marinos, siempre de titularidad pública.

87 *Libro Verde...*, ob. cit., p. 58.

de restos arqueológicos subacuáticos no son habitualmente casuales. Es sabido que las propias compañías caza-tesoros han financiado rastreos documentales, singularmente en el Archivo General de Indias, obteniendo información para ser utilizada no para defender nuestro patrimonio subacuático, sino más bien para planificar su expolio. Difícilmente estos supuestos cabe calificarlos como casuales ya que el hallazgo se encuentra preordenado.

2.2.2. Sanciones penales

El artículo 17 de la Convención UNESCO establece que “[c]ada Estado Parte impondrá sanciones respecto de las infracciones de las medidas que haya adoptado para poner en práctica la presente Convención” (párrafo 1); y que dichas sanciones “deberán ser suficientemente severas para hacer efectivo el cumplimiento de la presente Convención y desalentar la comisión de infracciones cualquiera que sea el lugar, y deberán privar a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades ilícitas” (párrafo 2)⁸⁸.

El ordenamiento español recoge toda una suerte de sanciones —administrativas y penales— aplicables a distintas conductas contrarias a la correcta preservación del patrimonio cultural subacuático cuando éste se considera parte del patrimonio histórico español⁸⁹. En el caso de las primeras, la propia LPH regula en su título IX el régimen de las infracciones administrativas y sus sanciones, a salvo de que aquellas conductas sean constitutivas de delito, aplicándose entonces nuestro Código Penal (CP) y otra legislación aplicable (muy particularmente la represiva del contrabando para el tráfico ilícito de los bienes culturales⁹⁰). A ello se suma que la práctica totalidad de los estatutos de autonomía han asumido competencias exclusivas sobre el patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico y sobre los archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y demás centros de depósito cultural que no sean de titularidad estatal y que estén ubicados sobre su territorio autonómico. Ese título competencial ha permitido que las comunidades autónomas en el ejercicio de su potestad legislativa hayan dictado sus propias normas de protección de su patrimonio histórico, completando y desarrollando la LPH. Sin embargo, en esa legislación autonómica, frente a casos de acomodo pacífico

88 Finalmente, el párrafo 3 de dicho artículo establece que “[l]os Estados Parte cooperarán para asegurar el cumplimiento de las sanciones impuestas en virtud del presente artículo”.

89 Las distintas legislaciones autonómicas establecen un régimen similar al estatal, adecuándolo a sus peculiaridades y definiendo el patrimonio según cada entorno geográfico como de cada comunidad autónoma.

90 Siendo aquí de aplicación la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (BOE núm. 297 de 13 de diciembre de 1995).

en la LPH y demás legislación estatal, se dan casos de regulación dispar cuando no contradictoria⁹¹, que ha llegado a generar auténticos problemas de inseguridad jurídica⁹². En cualquier caso, de la LPH y de las normas sectoriales de las comunidades autónomas se extrae que la protección administrativa que el ordenamiento jurídico ofrece al patrimonio histórico se extiende claramente a los bienes culturales subacuáticos al estar incluidos en el patrimonio arqueológico.

En cualquier caso, observando las conductas recogidas en el artículo 76 de la LPH —que describe las infracciones administrativas contra los bienes culturales— podemos señalar que, en primer lugar, la actuación penal es accesoria respecto de la administrativa al subordinarse a ella, ya que la norma sectorial va a determinar algún elemento normativo del tipo (por ejemplo, en el artículo 321 del CP) y que, en segundo lugar, actúa complementando la actuación administrativa en orden a la protección jurídica de bien tutelado. La coincidencia entre el ilícito administrativo y penal determina al cabo que el derecho penal asuma el papel del derecho administrativo sancionador y conduce a lo que algún autor denomina la “administrativización del derecho penal”⁹³. Pero, ¿qué dice nuestro derecho penal al respecto?⁹⁴

91 Véase en este sentido los comentarios de RENART GARCÍA, Felipe, *El delito de daños al patrimonio cultural español*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 105; y de ROMA VALDÉS, Antonio, *La aplicación de los delitos contra el patrimonio cultural*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 7. Por la importancia del patrimonio cultural subacuático en sus costas, es interesante también a estos efectos el trabajo de ORTIZ SÁNCHEZ, M. y ALBERT MUÑOS, M.M., “La protección del patrimonio arqueológico subacuático, competencias sancionadoras de la Comunidad Autónoma de Andalucía: Caso Odyssey”, *Revista Andaluza de Administraciones Públicas*, núm. 79, 2011, pp. 157-170.

92 Algunas comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias legislativas sobre la materia han elaborado normas sectoriales que se han desmarcado de la norma estatal de 1985 e incluso han impuesto sanciones distintas a las previstas en la legislación estatal. Así, las sanciones en la LPH se castigan ciertas infracciones con multas de hasta 60.101,21 euros, otras con multa 150.253,03 euros o hasta 601.012,01 euros. En la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, por ejemplo, las infracciones leves con multa de hasta 60.000 euros, las infracciones graves con multa de 60.001 euros a 150.000 euros y las infracciones muy graves se sancionan con multa de 150.001 euros a 1.300.000 euros.

93 FUENTES OSORIO, Juan Luis, “¿Delito medioambiental como delito de lesión?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. I/2, 2010, p. 8.

94 Para lo que sigue nos hemos basado en PERIAGO MORANT, J.J. y AZNAR GÓMEZ, M.J., “Expolio del patrimonio cultural subacuático: Régimen jurídico en España”, en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y RUIZ ROMERO, Z.M. (dirs.), *El expolio de los bienes culturales*, Huelva, Universidad de Huelva, 2022, pp. 169-198.

La protección penal del patrimonio cultural se regula en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del CP⁹⁵, complementada con un sistema de agravaciones sobre distintas figuras penales dispersas a lo largo del código penal, así como con la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando⁹⁶. A ello debemos añadir que dadas las características de los tipos penales aplicables será necesario acudir a las normas sectoriales para completar parte de su contenido, y en este caso concreto, la puesta en peligro de pérdida o la destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o la perturbación el cumplimiento de su función social, son referencias que aparecen en el artículo 4 de la LPH y que merecen ser tenidas en cuenta para integrar el sentido de la conducta⁹⁷.

La conducta de expolio del patrimonio cultural subacuático se castiga penalmente en el artículo 323 del CP, cuyo texto es el siguiente:

“1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de *expolio* en estos últimos.

“2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.

“3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado” (énfasis añadido).

Los daños a los yacimientos subacuáticos y la figura delictiva del expolio se introducen en nuestro CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ciertamente la incorporación expresa de la protección penal de los yacimientos arqueológicos subacuáticos refuerza los compromisos adquiridos por

95 En este capítulo se recogen los siguientes tipos delictivos: derribo o alteración de edificios singularmente protegidos (artículo 321), prevaricación administrativa en las resoluciones de derribo de edificios singularmente protegidos (artículo 322), delito doloso de daños y expolio en bienes culturales (artículo 323) y daños imprudentes en bienes culturales (artículo 324).

96 BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1995.

97 Este sistema mixto presenta ciertos inconvenientes, pues la fórmula de los subtipos agravados implica la posibilidad de restar la importancia que merece el ataque al valor cultural. Con frecuencia se prima el valor económico en el caso de los delitos patrimoniales perdiendo protagonismo la significación cultural en su consideración de bien jurídico autónomo y diferenciado del patrimonial. Lo que nos conduce a apoyar la opción de que se recoja en un único título o capítulo todos los atentados al patrimonio cultural.

España con la Convención UNESCO de 2001, desarrollando su artículo 17 en el orden penal, si bien cabe advertir que, con anterioridad a la reforma, nuestra jurisprudencia ya incluía los yacimientos arqueológicos subacuáticos en el concepto de yacimiento arqueológico mediante la exégesis del concepto de patrimonio arqueológico del artículo 41 de la LPH⁹⁸, lo que perfectamente podía aplicarse al delito del artículo 323 del CP. Son criticables, sin embargo, algunos aspectos de esta tipificación:

- En primer lugar, a diferencia de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el artículo 328 del CP, no se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XVI del Libro II⁹⁹. Son frecuentes los supuestos donde las conductas delictivas benefician directa o indirectamente a las empresas que están implicadas —véase, por ejemplo, los casos de la *Mercedes* o el *Louisa* ya citados— y que, por tanto, entran dentro de los parámetros que nuestro artículo 31 bis del CP considera para hacer responsables a las personas jurídicas¹⁰⁰.
- En segundo lugar, el tipo delictivo del artículo 323 del CP no cuenta con el complementario de prevaricación administrativa que sí se prevé en el artículo 322 (prevaricación administrativa especial en proyectos de demolición o alteración de edificios singularmente protegidos); y que per-

98 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 535/2014, de 13 marzo (ECLI:ES:TSJCL:2014:1176).

99 La Convención del Consejo de Europa de 2017 (Convención de Nicosia) sobre los Delitos relacionados con Bienes Culturales (no ratificada por España a la fecha de conclusión de este trabajo) establece en su artículo 13 que cada Parte asegurará que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos establecidos en la Convención.

100 Véase el ejemplo de la Sentencia número 94/2019 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril (ECLI:ES:APCA:2019:1495) en la que estaba implicada la mercantil norteamericana *Sage Maritime Scientific Research*. En dicha sentencia no figura como responsable civil la empresa SAGE, filial española de la anterior. Ver PERIAGO MORANT, J.J., “Crónica de jurisprudencia penal”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 24, 2020, pp. 357-361. Quedaría como posible recurso acudir a la exigencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, bien por el artículo 120 del CP, bien contemplando la posibilidad de que la persona jurídica sea partícipe a título lucrativo conforme a lo prescrito en el artículo 122 del mismo cuerpo legal. Véase en este sentido Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo número 256/2016, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1308); Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo número 845/2016, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:4768); o Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo número 2952/2017, de 15 de octubre de 2018, (ECLI:ES:TS:2018:4033).

mite añadir la pena de prisión de 6 meses a 2 años o la de multa de 12 a 24 meses a la prevista en el artículo 404 CP¹⁰¹. Causándose un daño al patrimonio cultural subacuático, los supuestos problemáticos en los que la autoridad o funcionario, a sabiendas de su injusticia, concediera permiso para las prospecciones en el yacimiento subacuático o no realizara las inspecciones debidas (siendo ambos comportamientos actos de cooperación necesaria), entendemos que debería ser solucionado acudiendo a un concurso ideal entre el delito de genérico de prevaricación administrativa del artículo 404 y el del artículo 323.

Teniendo ello en cuenta, cabe reflexionar siquiera brevemente sobre las nociones de “daños” y “expolio” recogidas en el artículo 323 del CP¹⁰².

a) *La causación de daños*

La causación de daños implica un resultado lo que permitirá la modalidad comisiva por omisión y la tentativa. El legislador no ofreció en el tipo la definición de daños lo que ha planteado problemas en cuanto a la determinación de su alcance, en el sentido de que si se considera exclusivamente daño el perjuicio material del bien o si el concepto se extiende a su inutilización, aunque no exista deterioro material del bien.

La fórmula empleada en el artículo 323 “causar daños” es idéntica a la contemplada en el artículo 263 del CP que regula el tipo básico de daños. La diferencia estriba en que en el tipo del artículo 323 prima el perjuicio sobre el valor funcional del bien inherente a su condición de cultural. Se ha considerado que el bien jurídico protegido en el delito de daños del 263 es de naturaleza patrimonial individual frente al del artículo 323 que protege un bien colectivo¹⁰³. La postura mayoritaria en la doctrina considera que el delito de daños del artículo 323 no requiere necesariamente un perjuicio patrimonial, siendo suficiente con la des-

101 La prevaricación cometida por autoridad o funcionario se castiga en el artículo 404 del código penal con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

102 Por razones de espacio, no nos ocupamos en este trabajo de las actividades que afectan de manera fortuita al patrimonio cultural subacuático y que pudieran alterarlo materialmente o causarle cualquier otro daño a que se refiere el art. 2(7) de la Convención UNESCO, y que podrían atraer la aplicación del art. 324 del CP según el cual, “[e]l que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros [...] en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos”. Este artículo, en cualquier caso, es francamente mejorable.

103 MARTÍNEZ BUJAN, C., “Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 578.

trucción, deterioro o inutilización del bien afectado, lo cual puede llevarse a cabo por cualquier medio capaz de producir los daños¹⁰⁴. Tampoco es preciso en el tipo básico que el daño sea grave pues el propio artículo 323 contiene una cualificación prevista expresamente para los daños que son “especialmente graves”. Lo importante, pues, es que las conductas afecten el valor histórico y cultural de los bienes o del yacimiento, esto es, a su funcionalidad cultural, lo que no solamente se consigue con conductas “materiales” como la destrucción o el menoscabo físico del bien. De ahí que el menoscabo material en los bienes culturales va tan ligado a la pérdida de su funcionalidad exclusivamente cultural, no dándose el uno sin la otra¹⁰⁵.

Desde el punto de vista de la imputación subjetiva, el delito del artículo 323 sólo cabe cometerse de forma dolosa dado que la modalidad imprudente se regula en el artículo 324¹⁰⁶. Nuestra jurisprudencia ya no requiere el ánimo de dañar como elemento subjetivo del tipo siendo suficiente el dolo de consecuencias necesarias¹⁰⁷. Puede ser complicado el caso de supuestos de error sobre el valor histórico del bien dañado, o incluso, sobre la prohibición de la conducta¹⁰⁸.

b) *El expolio*

El término expolio permite distintas acepciones¹⁰⁹. Pese a que la técnica legislativa empleada para regular el expolio no haya sido la más acertada¹¹⁰, parece

104 La referencia a causar daños comprende una gran variedad de actos o medios de ejecución del delito, como el acto de derribo o cualesquiera otros que consistan en una destrucción, inutilización, menoscabo o deterioro del bien o del yacimiento. RODRÍGUEZ MORO, L., “Algunas críticas e incongruencias en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, núm. 93, 2011, p. 56.

105 GUIASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 617.

106 Véase *supra* n. 1023.

107 Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 19 de octubre de 2017 (ECLI:ES:AP-CO:2017:1416); Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 17 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APAL:2016:277); Sentencia Tribunal Supremo Sala II, de 29 de enero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:507).

108 En tales casos sería de aplicación lo prevenido en el artículo 14 del CP y correspondería al autor la prueba sobre el mismo. Por lo tanto, si el error de tipo es vencible, sería castigado conforme al artículo 324. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 506.

109 TERREROS ANDREU, C., “El expolio de Patrimonio Cultural: problemas de conceptualización jurídica”, *Revista Electrónica de Patrimonio Histórico*, núm. 14, 2014, pp. 59-97.

110 La propia redacción demuestra las deficiencias de técnica legislativa. Por ejemplo, el legislador dice que “[c]on la misma pena se castigarán los actos de expolio en [los yacimientos subacuáticos]” pese a que de la redacción se entiende que se castiga también los actos de expolio en yacimientos arqueológicos terrestres. ROMA VALDÉS, A., *La aplicación de los delitos contra el patrimonio cultural*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 74.

haber consenso en la doctrina en considerar positiva su inclusión en la reforma del código penal de 2015¹¹¹. La omisión de la justificación de la inclusión de la conducta de expolio por parte del legislador en el correspondiente Preámbulo de la norma mencionada ha generado distintas posturas en la doctrina sobre su entendimiento¹¹², especialmente respecto de los apoderamientos acaecidos en los yacimientos arqueológicos, pero lo que es más grave es que no propicia una posición unánime en la jurisprudencia y ello se traduce al final en problemas de inseguridad jurídica¹¹³.

En todo caso, la inclusión del expolio impide la impunidad de ciertas acciones dada la posibilidad de que un yacimiento arqueológico pueda ser objeto de deterioro o destrucción sin necesidad de que se produzca un daño estrictamente físico o material. El elemento diferenciador del expolio frente a otras figuras delictivas consiste en la descontextualización histórica que padece el yacimiento por las manipulaciones indebidas que producen la destrucción del entorno en el que se hallaban los objetos, de lo que se deriva una pérdida de la función social y un perjuicio material irreparable¹¹⁴. Es interesante destacar que el expolio no es un delito de apoderamiento patrimonial como el hurto, el robo o la malversación pues se le añade un elemento que lo caracteriza: el daño causado por su separación del contexto arqueológico y que permite sancionar aquellas actuaciones dirigidas al apoderamiento que ponen en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los bienes encontrados en el yacimiento, o que perturban el cumplimiento de su función social. Considerando que las sustracciones se castigan conforme a los respectivos tipos cualificados, ha sido advertido que el expolio a efectos del artículo 323 son las conductas de realizar excavaciones ilegales o perpetrar actos vandálicos en los yacimientos¹¹⁵.

111 Véase, entre otros, OTERO GONZÁLEZ, P., "Protección Penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2015 p. 346; o FARALDO CABANA, P., "Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pp. 471-528.

112 Cuando se ha producido la sustracción de objetos de un yacimiento, las posibilidades podrían ser: (1) castigar como daños del 323, (2) aplicar el hurto, (3) considerar la apropiación indebida, o (4) considerar el concurso ideal entre el artículo 323 y el delito de hurto. Este criterio está siendo asumido en la jurisprudencia provincial: véase como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de julio de 2018 (ECLI:ES:APZ:2018:1157).

113 ROMA VALDÉS, *ob. cit. supra* n. 111, p. 74.

114 VERCHER NOGUERA, A., "El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico", *Diario La Ley*, núm. 9151, 2018.

115 MUÑOZ CONDE, *ob. cit. supra* n. 109, p. 507.

Las compañías cazatesoros desarrollan expolios en los yacimientos subacuáticos de pecios de incalculable valor, que conforme a nuestra legislación actual sólo pueden ser castigados como delito agravado de daños del tipo cualificado del artículo 323(2). Viene al caso aquí la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril de 2019. Dictada con la conformidad de los acusados —y, por lo tanto, sin entrar a debatir la calificación de los hechos en el expolio del asunto *Operación Bahía/Louisa*—, el tribunal estima como expolio tanto la conducta de sustracción juntamente como los daños causados por los autores,

“que se estaban dedicando, cada uno en un distinto papel dentro del grupo que formaban, a expoliar yacimientos arqueológicos, concretamente pecios cuyos naufragios estaban localizados en aguas del litoral de la provincia de Cádiz, y que en el curso de tal actividad extrajeron trozos de ánforas, balas y municiones de cañón, anclas romanas, etc., en actuaciones carentes de rigor científico, removiendo fondos sin ningún rigor científico y causando daños, por falta de tratamiento a los objetos metálicos que se extrajeron [...]”¹¹⁶.

Y es aquí donde se pone de relevancia la importancia de la valoración del daño, elemento fundamental del tipo y, con ello, de la respuesta penal que debe darse al expolio del patrimonio cultural¹¹⁷. La reforma del CP de 2015 parece haber mejorado la intervención penal en el delito de daños al patrimonio cultural con la supresión de las faltas. Actualmente, para castigar los daños intencionados no se requiere que se supere ningún umbral económico y, por lo tanto, daños dolosos se castigarán por el artículo 323 CP.

La penalidad básica en el expolio del patrimonio subacuático es de pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Caría quizá re-introducir la pena cumulativa de prisión y multa para el supuesto de expolio donde haya conducta de apropiación más daños materiales al bien o al yacimiento, aunque los daños materiales al bien sean inapreciables. Ello permitiría castigar el plus de antijuridicidad que acompaña a esta conducta frente a la de simples daños al bien según el concepto de expolio que se sostiene en este trabajo¹¹⁸.

116 Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia provincial de Cádiz número 94/2019, de 5 de abril (ECLI:ES:APCA:2019:1495).

117 Cabe destacar que el expolio puede conectarse con otros importantes ilícitos penales como son el tráfico ilícito de bienes culturales, constitutivo del delito de contrabando y con el blanqueamiento de capitales.

118 Como pone de manifiesto Cristina Guisasola, “aunque solo fuera por razones de conveniencia económica nos convendría ser más tajantes con la respuesta legal a quienes atacan nuestro patrimonio cultural”. GUIASOLA LERMA, C. “Nuevas perspectivas en la regulación de los delitos contra los bienes culturales”, en GUIASOLA LERMA C. (dir.) y PERIAGO MORANT J.J. (coord.), *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, internacional y la criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 337.

El numeral segundo del artículo 323 del CP implica una cualificación del tipo, que supone la posibilidad de imponer la pena del tipo básico en su mitad superior si se han causado daños de especial gravedad o cuando se hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante¹¹⁹. Este subtipo agravado, que tiene consecuencias sobre la pena y sobre la tipicidad, se introdujo con la reforma de 2015 del CP y debe ser aplicable a aquellos supuestos en que se constate el valor incalculable del daño¹²⁰. En todo caso, el daño “especialmente relevante” referido al “bien cultural” sucederá generalmente en los casos donde el bien esté calificado, por ejemplo, como Bien de Interés Cultural (BIC).

La gravedad se relaciona con la capacidad destructiva del medio empleado que desemboca en los resultados¹²¹. Se ha advertido, en este sentido, que la gravedad de la conducta del uso de detectores de metales con la finalidad de apoderarse de piezas arqueológicas no estriba tanto en el valor material de las piezas obtenidas sino en la destrucción del yacimiento¹²². Se trata del llamado daño indirecto que tiene que ver con la pérdida de información o conocimiento del lugar, y con su secuencia estratigráfica.

c) La responsabilidad civil ex delicto y la reparación del daño

Este tema aparece en el apartado tercero del artículo 323 CP, advirtiendo que “[e]n todos estos casos [de daños a los yacimientos], los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”. Se plantean, pues, varias cuestiones: la primera es que no se obliga imperativamente a los jueces ordenar que se hagan a cargo del autor las tareas de restauración, que en el caso del patrimonio cultural subacuático sería lo menos aconsejable; y la segunda es que la tarea de reparación del bien lo sea en la “medida de lo posible”, lo cual

119 En caso de ser los daños especialmente graves, podrá imponerse la pena superior en grado, que será la de 3 años y un día a 4 años y 6 meses o multa de veinticuatro meses y un día a treinta y seis meses.

120 Ver GARCÍA CALDERÓN, J.M., “Problemas básicos en la persecución penal del expolio arqueológico”, en *Tutela de los bienes culturales...*, ob.cit. supra n. 119, p. 245.

121 El ejemplo más visible se produce con la potente acción de las toberas de los buques “rescatadores de tesoros” que desaloja la arena del fondo del yacimiento subacuático y lo destruye, desapareciendo el contexto que posibilita el conocimiento científico de la zona y ocasionándose un daño irreversible a la investigación. También grave y dañosa es la acción de los buceadores desaprensivos, o los denominados “piteros” —a los que ya nos hemos referido antes— que con el uso fraudulento de detectores se apropian de objetos y los descontextualizan de su origen.

122 NÚÑEZ SÁNCHEZ, Á., “El expolio de yacimientos arqueológicos”, en *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Ministerio de Cultura de Educación y Deporte Secretaría General Técnica, 2006, p. 178.

plantea interesantes interrogantes por su indefinición puesto que en los yacimientos subacuáticos es complicado reparar su deterioro de manera íntegra “en la medida de lo posible”.

De no ser posible la ordenación de la restauración mencionada en el apartado tercero del artículo 323, se estudiará entonces el acudir a otras vías como la restitución o la indemnización de daños y perjuicios. En orden a satisfacer la responsabilidad civil mediante la restitución, ésta consistirá en la devolución de los objetos sustraídos en poder de lo expoliadores¹²³, planteándose el problema de que puedan quedar afectados por la misma terceros de buena fe poseedores de los objetos¹²⁴.

En la indemnización de daños y perjuicios, la valoración económica en numerosas ocasiones es imposible dado que el daño es irreparable y no se puede cuantificar económicamente. No pueden tenerse en cuenta parámetros estrictamente económicos, pues existen aspectos que no son susceptibles de trasladarse a una cifra monetaria, como el valor histórico, científico, cultural u otro¹²⁵. Cabe no olvidar, por ejemplo, que numerosos pecios españoles son, además de patrimonio cultural subacuático, tumbas marinas (muchas de ellas de guerra, como el caso de la *Mercedes* ya mencionado o el del galeón *San José*, hundido en aguas colombianas), que requieren una protección especial —impuesta por el Derecho internacional— además de su propio valor histórico o cultural.

La valoración en sede judicial de los daños y perjuicios es cuanto menos problemática, partiendo de que el juez no es un especialista en esta cuestión y que requerirá del criterio del experto. Buena muestra de ello es la ya mencionada e incomprensible —por no comprender el daño mismo— Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril de 2019 en el caso conocido como “Operación Bahía” (y su derivada internacional como asunto *Louisa*), en la que se acordó una indemnización, por el perjuicio al patrimonio arqueológico subacuático, de 3.000 euros a tanto alzado, señalando la sentencia que es de difícil cálculo y otorga-

123 Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 118/2008, de 18 de febrero de 2008 (ECLI:ES:APA:2008:172) relativa a la restitución de unas tres ánforas del pecio Bou-Ferrer.

124 La cuestión se complica cuando los bienes han salido de nuestro país. Ver Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (*DOUE* de 28 de mayo de 2014) o el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (*BOE* núm. 248, de 16 de octubre de 2002).

125 El Tribunal Supremo distingue los daños producidos en el yacimiento y el valor de piezas expoliadas. Ver Sentencia Sala II del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1927). Véase asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mérida número 166/2021, de 10 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APBA:2021:1481).

da a favor de la Junta de Andalucía, que no se personó en el procedimiento¹²⁶. Para este cálculo irrisorio se tuvo en cuenta la valoración del daño que hicieron expertos de nuestro propio Museo Nacional de Arqueología Subacuática; y sus consecuencias negativas en la derivada internacional de este caso tuvieron que ser contrarrestadas por los agentes y abogados de España ante el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar¹²⁷.

La valoración pericial —debemos resaltar una vez más— tiene gran trascendencia práctica y no desarrollarla con verdaderos criterios técnicos conlleva, como hemos visto, situaciones indeseables. El problema es que cuesta encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la de las Audiencia Provinciales una serie de criterios valorativos establecidos fiables y adecuados para la cuantificación del daño al patrimonio arqueológico¹²⁸. Ello es particularmente evidente al referirnos al patrimonio cultural subacuático, puesto que la pericial en estos casos es sumamente compleja, requiriendo no sólo las *metodologías* arqueológicas adecuadas sino también las *tecnologías* subacuáticas apropiadas para acceder al yacimiento sumergido y valorar los daños en él producidos.

3. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN EL PLANO INTERNACIONAL

En el plano internacional, junto a ciertas cuestiones aparentemente solventadas en la Convención UNESCO de 2001, al menos en el plano teórico, como pudieran ser la prohibición de la comercialización del patrimonio cultural subacuá-

126 Tal vez se perdió una oportunidad de obtener una mejor valoración de los daños si la Junta se hubiera mostrado como parte interesada en el mismo (véase PERIAGO MORANT, J.J., “Crónica de jurisprudencia penal”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 24, 2020, pp. 357-361, en p. 361). Otro ejemplo similar lo tenemos en la Sentencia la Audiencia Provincial de Álava número 21/2021, de 26 de febrero de 2021 y la Sentencia del Juzgado de Lo Penal Uno de Vitoria número 44/2020, de 8 de junio de 2020 (Caso Iruña-Veleia): ni durante la instrucción ni posteriormente en la vista oral se acreditó objetivamente el daño por las acusaciones ni se realizaron las ratificaciones de los informes que obraban en la causa en orden a la responsabilidad civil. Ver PERIAGO MORANT, J.J., “Crónica de jurisprudencia penal 2020”, *Patrimonio Cultural y Derecho. Hispanianostra*, núm. 25, 2022, p. 545.

127 Véase en la fase oral del asunto, la audiencia del 12 de octubre de 2012 (ITLOS/PV.12/C18/13/Rev.1, p. 13, en <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/caseno18merits/ITLOSPV12C1813Rev1.pdf>).

128 Recomendamos en esta materia RODRÍGUEZ TEMIÑO, Ignacio y YAÑEZ, Ana, *¿Cuánto valen los platos rotos? Teoría y práctica de la valoración de bienes arqueológicos*, JAS Arqueología, Madrid, 2021; y en particular, en esta obra, el trabajo de RUFINO RUS, J., “La pericial de daños al patrimonio histórico en el proceso penal” (pp. 181-215)

tico¹²⁹ o su utilización política¹³⁰, quedan dos cuestiones importantes a resolver: de un lado, el control internacional en la aplicación de la Convención y, de otro, el control nacional por parte de sus Estados parte, especialmente en relación a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático por sus nacionales y buques.

3.1. El control internacional de la aplicación de la convención

La Convención UNESCO de 2001 no establece procedimiento alguno de control internacional no contencioso. Su artículo 25 establece un mecanismo de solución pacífica de controversias basado en negociaciones de buena fe, mediación de la UNESCO y remisión, en su caso, a la Parte XV de la CNUDM. Pero más allá del control contencioso que los supuestos regulados en estos mecanismos, la Convención no prevé cómo un Estado parte puede verificar el acomodo de la conducta del resto de Estados parte a las obligaciones exigidas en dicha Convención. Es cierto que algunos Estados están sometiendo a la Reunión de los Estados parte una serie de informes sobre el cumplimiento de la Convención, si bien (a) lo hacen con carácter voluntario y no tienen carácter oficial¹³¹; y (b) su contenido

129 La Convención establece claramente en su art. 2(7) que “[e]l patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial”; y en la Norma 2 de su Anexo reitera que “[l]a explotación comercial de patrimonio cultural subacuático que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable es absolutamente incompatible con una protección y gestión correctas de ese patrimonio. El patrimonio cultural subacuático no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial”. Aunque esta Norma también advierte que ello no prohíbe necesariamente: “(a) la prestación de servicios arqueológicos profesionales o de servicios conexos necesarios cuya índole y finalidad sean plenamente conformes con la presente Convención, y tengan la autorización de las autoridades competentes”; o “(b) el depósito de patrimonio cultural subacuático recuperado en el marco de un proyecto de investigación ejecutado de conformidad con esta Convención, siempre que dicho depósito no vulnere el interés científico o cultural, ni la integridad del material recuperado, ni dé lugar a su dispersión irremediable, esté de conformidad con lo dispuesto en las Normas 33 y 34 y tenga la autorización de las autoridades competentes”.

130 En su artículo 2(11) la Convención establece que “[n]ingún acto o actividad realizado en virtud de la presente Convención servirá de fundamento para alegar, oponerse o cuestionar cualquier reivindicación de soberanía o jurisdicción nacional”. Esta neutralidad jurisdiccional choca con la actitud de algunos Estados, como hemos evaluado en nuestra obra *Maritime Claims and Underwater Archaeology. When History Meets Politics*, Leiden/Boston, Brill, 2021.

131 Su envío deriva de la Regla 3(d) del Reglamento de la reunión de los Estados Parte en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (doc. UNESCO CLT/CEM/UCH/2019/1, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372668spa>) que señala que “[e]ntre las atribuciones y funciones de la Reunión

no es realmente indicativo en demasiados casos del cumplimiento efectivo o no de la Convención. Hasta ahora, este peculiar mecanismo *sur pièce* ha sido usado por 21 Estados parte entre los que se encuentra España¹³².

Cuando se procedió a la evaluación de la Convención, en el Informe publicado en 2019¹³³ se advirtió esta carencia y abogó por el establecimiento de un mecanismo de *monitoring*, pero centrado más en cuestiones de seguimiento que de verificación de incumplimiento. En la teoría general del control internacional no contencioso estaríamos hablando de la “función promotora” del control internacional¹³⁴, que persigue precisamente lo que menciona el Informe de 2019:

“What is clear is that countries are eager to learn from each other and those that are more advanced are also keen to demonstrate their successes, be it at the policy level, inventorying methodology, research projects, or access to UCH [...]”

“It is essential for the UCH Unit to be able to demonstrate the benefits of ratification to non-States Parties. Without information on what works well and in what circumstances, it is more difficult to create awareness of the necessity to protect UCH among policy-makers, experts and even the general public. The lack of reporting also means that stakeholders do not understand the contribution of the 2001 Convention to the SDGs and thereby do not integrate it into other international processes or even their own national strategies towards sustainable development (e.g. the UN Development Assistance Framework). Finally, it is also more difficult to attract potential partners and donors. The ability to showcase States Parties’ successes is therefore key for the future promotion of the 2001 Convention”¹³⁵.

Establecer un nuevo mecanismo de control en la Convención es, formalmente, complejo si se pretende crear un mecanismo convencional. Podría enmendarse la Convención, posibilidad prevista en su artículo 31¹³⁶, que requeriría la propues-

de los Estados Partes figuran [...] recibir y examinar los informes y las solicitudes de asesoramiento de los Estados Partes en la Convención”.

132 El listado y los informes de estos Estados está disponible en <https://en.unesco.org/underwater-heritage/2001>.

133 “Evaluation of UNESCO’s Standard-Setting Work of the Culture Sector – Part VI – 2001 Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, Doc. UNESCO UCH/19/7.MSP/INF.97 June 2019, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368560>.

134 Véanse nuestras reflexiones sobre esta función —precisamente en otro ámbito de la UNESCO— en “Il meccanismo di protezione dei diritti umani dell’UNESCO: il ‘Procedimento 104’”, *Diritti umani e Diritto internazionale*, vol. 15, núm. 2, 2021, pp. 289-315.

135 *Evaluation of UNESCO’s ...*, ob.cit. *supra* n. 134, pp. 23-24, párr. 131 y 132, respectivamente.

136 La Convención no prevé la modificación de la Convención, pero tampoco la prohíbe, teniendo que estar a lo señalado en el derecho de tratados, si bien su art. 6(1) establece que “[s]e alentará a los Estados Partes a celebrar acuerdos bilaterales, regionales

ta, negociación y aprobación de la enmienda pero que luego entraría en vigor únicamente para los Estados Partes que la hubieren ratificado, aceptado, aprobado o que se hubieren adherido a ellas tres meses después de que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado su manifestación de voluntad en obligarse por la misma (párrafo 4 de dicho artículo). O podría proponerse, negociarse y adoptarse un protocolo *ad hoc* a la Convención estableciendo un sistema de control, que lógicamente obligaría únicamente a los Estados que lo acepten. En ambos casos, pues, estaríamos ante el efecto relativo de los tratados que, en nuestro caso, establecería dos categorías de Estados parte en atención a su sometimiento al mecanismo de control: aquéllos que lo aceptan y aquéllos que no (por no aceptar la enmienda o protocolo). En ambos casos, también, el proceso de puesta en marcha sería complejo y costoso, e implicaría además definir qué sistema de control finalmente se adopte: a instancia de parte o *ex officio*, ocasional o permanente, institucional o nacional, *sur place* o *sur pièce*, etc.

Otra opción intermedia sería la transformación del mecanismo de envío de informes nacionales que ya hemos reseñado en un mecanismo obligatorio y reglado, pudiéndose establecer una periodicidad peculiar para cada Estado parte en razón de diversas variables. Para ello, la propia Constitución de la UNESCO¹³⁷, en su artículo VIII establece que

“[c]ada Estado Miembro someterá a la Organización, en el momento y la forma que decida la Conferencia General, informes sobre las leyes, reglamentos y estadísticas relativos a sus instituciones y actividades educativas, científicas y culturales, así como sobre el curso dado a las recomendaciones y convenciones a que se refiere el párrafo 4 del Artículo IV”¹³⁸.

u otros acuerdos multilaterales, o a perfeccionar los acuerdos existentes, con objeto de preservar el patrimonio cultural subacuático. Todos esos acuerdos deberán estar en plena conformidad con las disposiciones de la presente Convención y no menoscabar el carácter universal de ésta. En el marco de esos acuerdos, los Estados Partes podrán adoptar normas y reglamentos que aseguren una mejor protección del patrimonio cultural subacuático que los adoptados en virtud de la presente Convención”. Nada impide que estos acuerdos sean para establecer un mecanismo de control.

137 *Repertorio de Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 4, 1947, pp. 275-302. Aceptada por España el 30 de enero de 1953 (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1982).

138 Dicho párrafo establece que “[c]uando se pronuncie en favor de proyectos que hayan de ser sometidos a los Estados Miembros, la Conferencia General deberá distinguir entre las recomendaciones dirigidas a esos Estados y las convenciones internacionales que hayan de ser sometidas a la ratificación de los mismos. En el primer caso, será suficiente la simple mayoría de votos; en el segundo, se requerirá una mayoría de dos tercios. Cada uno de los Estados Miembros someterá las recomendaciones o las convenciones a sus autoridades competentes, dentro del plazo de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia General en la cual hayan sido aprobadas.”

Según este último, sólo quedan sometidas al procedimiento de informes aquellas convenciones aprobadas en la Conferencia general —cual es el caso de la Convención de 2001—, quedando fuera otros convenios adoptados en conferencias convocadas por la UNESCO¹³⁹. Algunas convenciones sí adoptadas en la Conferencia General —como la de 1972 sobre el patrimonio mundial cultural y natural o la de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales— también establecen un procedimiento de informes¹⁴⁰.

Según el párrafo 6 del artículo IV de la Constitución de la UNESCO, será la Conferencia General quien reciba y examine dichos informes o, cuando así lo decida, resúmenes analíticos de esos informes. Es significativo, además, que en teoría *todos* los Estados miembros de la UNESCO, sean o no partes en esos convenios, vienen obligados por el sistema de informes¹⁴¹. En la práctica sabemos que no es así, pero los Estados miembros no cumplen habitualmente con dicho mandato si no son partes en los convenios.

Inicialmente, la evaluación de estos informes era atribuida a distintos órganos, según se tratara de los informes periódicos o de los primeros informes especiales que los Estados Miembros debían presentar en la primera reunión ordinaria de la Conferencia General de la UNESCO siguiente a la aprobación de la Convención o de la Recomendación de que se tratara, y que eran examinados por el Comité Jurídico de la Conferencia General. En 2003¹⁴², la Conferencia General decidió modificar el “Reglamento sobre las recomendaciones a los Estados Miembros y las convenciones internacionales previstas en el párrafo 4 del Artículo IV de la Constitución” para que el examen de todos los informes lo llevara a cabo el “Co-

139 Como la que permitió adoptar, por ejemplo, la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954, su Reglamento y Protocolos, que incorporan su propio procedimiento de control.

140 Debe tenerse en cuenta que no todas las convenciones sometidas al procedimiento de informes prevén un procedimiento institucional específico para ello. De ahí que, el Consejo Ejecutivo aprobara en 2007 y luego enmendara en 2015 dicho procedimiento especial (doc. UNESCO 177 EX/Decisión 35.1 (2005) y 196 EX/Decisión 20 (2015)).

141 Determinadas convenciones, a su vez, reiteran (y particularizan) el mandato de presentación de informes. La Convención de 1960, por ejemplo, lo hace en su art. 7 al advertir que “[l]os Estados Partes en la presente Convención deberán indicar, en informes periódicos que habrán de someter a la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en las fechas y en la forma que ésta determine, las disposiciones legislativas o reglamentarias, y las demás medidas que hubieren adoptado para aplicar la presente Convención, inclusive las que hubieren adoptado para formular y desarrollar la política nacional definida en el art. 4, los resultados obtenidos y los obstáculos que hayan encontrado en su aplicación”.

142 UNESCO Res. 77 (Doc. 32 C/Resolutions), Conferencia General, 32ª sesión, París, 2003, p. 127.

mité de Convenciones y Recomendaciones” (CCR)¹⁴³. La redacción actual de los artículos pertinentes es la siguiente:

Artículo 17

1. Los Estados Miembros presentarán, en las fechas que la Conferencia General determine, informes sobre las medidas que hayan adoptados en relación con cada una de las convenciones en vigor y cada una de las recomendaciones aprobadas.
2. La Conferencia General podrá invitar a la Secretaría a que preste asistencia a los Estados Miembros en la aplicación de la convención o recomendación de que se trate y en la preparación y el seguimiento de los mencionados informes.

Artículo 18

1. La Conferencia General encomendará al Consejo Ejecutivo el examen de los informes que hayan enviado los Estados Miembros sobre esas convenciones y recomendaciones.
2. El Consejo Ejecutivo remitirá a la Conferencia General los informes o, si ésta así lo decidiera, los resúmenes analíticos de los mismos, junto con sus observaciones o comentarios o los que haya podido formular el Director General. Esos informes serán examinados por los órganos subsidiarios competentes antes de su examen en sesión plenaria.
3. El Director General informará regularmente a la Conferencia General y al Consejo Ejecutivo sobre la aplicación de las conclusiones y decisiones aprobadas por la Conferencia General en relación con los informes sobre las convenciones y recomendaciones.

Queda, pues, diluido el régimen de Informes debido a su generalidad, ausencia de cumplimiento en demasiadas ocasiones, dilución en su valoración entre distintos órganos de la UNESCO (algunos de los cuales sólo reciben resúmenes) y carencia de mecanismos de seguimiento.

En el caso de la Convención UNESCO, de establecer un mecanismo de control contencioso, creemos que podría ser siguiendo el esquema de un procedimiento de informes obligatorios, bienales, siguiendo un esquema prediseñado por la Secretaría de la Convención, informado por el Consejo Consultivo Científico y Técnico¹⁴⁴, y aprobado por la Reunión de los Estados parte. Pero para ello, sería necesario que se produjera la enmienda o modificación convencional ya señalada.

143 UNESCO Doc. 123 EX/Decisión 4 (1985). Según el art. 18(1) del Reglamento sobre las recomendaciones a los Estados Miembros y las convenciones internacionales en su versión actual, la Conferencia General encomendará al Consejo Ejecutivo el examen de los informes que hayan enviado los Estados Miembros sobre esas convenciones y recomendaciones. El Consejo lo encomienda a su vez al CCR.

144 Según el art. 23 (4) y (5), de la Convención, la Reunión de los Estados Parte podrá crear un Consejo Consultivo Científico y Técnico (STAB en sus siglas inglesas) compuesto por expertos designados por los Estados Parte, con la debida atención al principio de

Además, el sistema de control así creado debería incidir —como también se ha puesto de manifiesto— en la función promotora de dicho control, esto es, en la mejora del cumplimiento de la Convención por parte de los Estados mediante la cooperación política, científica y técnica que también reclaman sus artículos 2(2) y (4), 19, 20 y 21, entre otros.

3.2. El control nacional de los buques y el patrimonio cultural subacuático

La Convención UNESCO, entendiendo que su aplicación en los espacios marinos debe adecuarse al Derecho internacional general oponible a los Estados (en gran medida codificado en la CNUDM), establece en su artículo 3 que nada en ella menoscabará los derechos, la jurisdicción ni las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, incluida la CNUDM; y especifica que “[l]a presente Convención se interpretará y aplicará en el contexto de las disposiciones del derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y de conformidad con ellas”.

Sin subordinarse formalmente a la CNUDM, la Convención UNESCO se aplica en el contexto de aquélla. Y así debe entenderse el precepto contenido en su artículo 16 cuyo texto es el siguiente:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas viables para asegurar que sus nacionales y los buques que enarbolan su pabellón no procedan a ninguna actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático que no esté de conformidad con la presente Convención”.

Este artículo establece una obligación de comportamiento a cargo de todo Estado parte según la cual deben adoptar *toda una serie de medidas internas* (legislativas, administrativas, de ejecución) que incluye lógicamente la necesaria jurisdicción penal, llegado el caso, sobre las actividades de sus nacionales y buques dirigidas al patrimonio cultural subacuático en violación de la Convención UNESCO¹⁴⁵. Por limitación de espacio, este trabajo se referirá únicamente a la jurisdicción sobre los buques, si bien cabría advertir que el mayor número de ca-

distribución geográfica equitativa y a la conveniencia de un equilibrio entre los sexos. El Consejo Consultivo Científico y Técnico —creado en la primera Reunión de Estados Parte— prestará la asistencia adecuada a la Reunión de los Estados Parte las cuestiones de índole científica y técnica relacionadas con la puesta en práctica de las Normas contenidas en el Anexo de la Convención. Más información en <https://en.unesco.org/underwater-heritage/governance>.

145 Medidas que se entienden igualmente reclamadas en los artículos 14 (“Control de entrada en el territorio, comercio y posesión”), 15 (“No utilización de las zonas bajo jurisdicción de los Estados Partes”), 17 (“Sanciones”) y 18 (“Incautación y disposición de patrimonio cultural subacuático”) de la Convención.

sos de daños al patrimonio se referiría a supuestos en los que los nacionales de un Estado parte —desde cualquier lugar: buque, costa u oficina— son los autores de tal daño¹⁴⁶.

En su artículo 16, la Convención UNESCO incorpora el principio de responsabilidad del Estado de pabellón sobre sus buques que la CNUDM explicita en su texto. Así, el artículo 90(1) de la CNUDM establece que:

“Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque”.

Como consecuencia del otorgamiento de la nacionalidad al buque, el artículo 94(1) de la CNUDM advierte que “[t]odo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón”; y, en particular, según el párrafo (2)(b) del mismo artículo, todo Estado:

“Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque”.

“Relación auténtica” y “jurisdicción” efectiva que debería evitar el fenómeno bien conocido de los *pabellones de conveniencia*, causantes de no pocos problemas marítimos.

En la actualidad, bajo los once principales pabellones de conveniencia (Panamá, Liberia, Islas Marshall, Malta, Bahamas, Chipre, Belice, San Vicente y las Granadinas, Madeira y Antigua y Barbuda) navega más del 50% de la flota comercial mundial¹⁴⁷. En su más reciente resolución sobre “Los océanos y el derecho del mar”, la Asamblea General de las Naciones Unidas instó

“a los Estados del pabellón que no tengan una administración marítima eficaz ni un marco jurídico apropiado a que establezcan o mejoren la infraestructura y la capacidad legislativa y de aplicación de la ley necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo y la ejecución y aplicación de sus obligaciones en virtud del derecho internacional, en particular la [CNUDM]”.¹⁴⁸

146 Véase en cualquier caso PETRIG, A. y STEMMLER, M., “Article 16 UNESCO Convention and the protection of underwater cultural heritage”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, 2020, pp. 397-429.

147 “Merchant Marine – Country Comparison Ranking”, *CIA World Factbook*, enero de 2022.

148 A/RES/76/72, de 2º de diciembre de 2021, párr. 189. Continúa diciendo la Asamblea General que “hasta que adopten esas medidas, [se insta a los Estados] a que consideren la posibilidad de denegar a nuevos buques la autorización para enarbolar su pabellón,

Sin embargo, el TIDM —que ha tenido ya varias ocasiones para pronunciarse determinadamente contra la lacra de los pabellones de conveniencia y el alcance del artículo 90(1) de la CNUDM¹⁴⁹— se ha mostrado ciertamente tibio y formal¹⁵⁰.

Inicialmente, el Tribunal de Hamburgo advirtió, al analizar los artículos 90 y 94 de la CNUDM que “the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States”¹⁵¹. En otro asunto, sin embargo, fue preocupan-

suspender su matriculación o no instituir un sistema de matrícula, y exhorta a los Estados del pabellón y a los Estados rectores del puerto a que adopten todas las medidas compatibles con el derecho internacional que sean necesarias para prevenir la explotación de embarcaciones deficientes”.

149 Véase una primera aproximación en TREVES, T, “Flags of Convenience before the Law of the Sea Tribunal”, *San Diego International Law Journal*, vol. 6, 2004, pp. 179-189. Sígase, por ejemplo, con McCONNELL, M.L., “ITLOS and the tale of the tenacious genuine link”, en JENSEN, Ø. (ed.), *The development of the Law of the Sea Convention*, Elgar, 2020, pp. 190-215.

150 Tampoco la CIJ ha podido mantener una línea clara: si bien en el asunto *Nottebohm* (1955) sentó el principio de “nacionalidad efectiva” (aunque sólo discutido en relación a las personas), en el asunto *Barcelona Traction* (1970) pareció extenderlo a personas jurídicas y nada obstaría para aplicarlo análogamente a los buques. De hecho, así lo planteó explícitamente el Juez Jessup en su opinión separada a la sentencia (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, en pp. 187-188). Sin embargo, en su dictamen sobre la constitución del Comité de la IMCO, la Corte no consideró la cuestión del “vínculo genuino” sino sólo el número de toneladas registradas, y redujo su análisis a una operación de interpretación de un tratado al serle planteada la cuestión por algunos Estados especialmente interesados (Reino Unido, Países Bajos, Noruega y Liberia). Sin embargo, para la Corte “it is unlikely that it was contemplated [al redactar la Convención que creó la IMCO] that the test should be the nationality of stock-holders and of others having beneficial interests in every merchant ship; facts which would be difficult to catalogue, to ascertain and to measure. To take into account the names and nationalities of the owners or shareholders of shipping companies would [...] ‘introduce an unnecessarily complicated criterion’ [...] On the other hand, the criterion of registered tonnage is practical, certain and capable of easy application”. Por ello, la Corte, “having reached the conclusion that the determination of the largest ship-owning nations depends solely upon the tonnage registered in the countries in question, any further examination of the contention based on a genuine link is irrelevant for the purpose of answering the question which has been submitted to the Court for an advisory opinion” (*Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960*: I.C.J. Reports 1960, p. 150, p. 169 y 171).

151 *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10, en p. 42, párr. 83.

te la escasa evidencia que el Tribunal consideró antes de anunciar que no tenía “ninguna razón para cuestionar” si Panamá ejerció jurisdicción y control efectivos sobre el petrolero *Virginia G*. En momentos en que la Asamblea General de la ONU advierte repetidamente, como hemos visto, a los estados de pabellón que no pueden cumplir con sus obligaciones para que ejerzan una jurisdicción y un control efectivos sobre sus embarcaciones; y la Asamblea de la Organización Marítima Internacional (OMI) busca garantizar que los Estados de pabellón cumplan con sus obligaciones al hacer obligatorio el esquema de auditoría voluntaria previa, el TIDM parece dispuesto a permitir que el Estado de pabellón simplemente cumplan con su obligación de jurisdicción y control efectivos revisando las solicitudes, emitiendo los documentos y certificados técnicos requeridos y delegando las inspecciones anuales de seguridad a terceros¹⁵². No “busca” detrás de esos formalismos si realmente el Estado de pabellón conoce y controla la actividad de sus buques a los efectos de acomodar sus actividades a lo que el derecho aplicable establece, muy particularmente la CNUDM (aunque sí, aparentemente, lo que exigen los convenios de derecho marítimo adoptados en la OMI). Y, lo más importante, no acepta la idea según la cual un Estado no puede negarse a reconocer el derecho del buque a enarbolar el pabellón del Estado del pabellón debido a la ausencia de un vínculo genuino¹⁵³. Como consecuencia, el único remedio frente a la vulneración de la obligación de asegurar un vínculo efectivo es la denuncia de los hechos relativos a la falta de jurisdicción y control adecuados ante el Estado de pabellón conforme a lo previsto en el artículo 94(6) de la CNUDM, lo cual nos deja con serias dudas sobre si el derecho a informar en virtud de dicho artículo por sí solo sería adecuado para garantizar la implementación efectiva de los deberes del Estado del pabellón¹⁵⁴.

Al menos, en su opinión consultiva de 2015 en respuesta a la pregunta elevada por la comisión Sub-regional de Pesquerías, el TIDM explicitó la obligación recogida en el Artículo 94(6) del CNUDM según la cual el Estado del pabellón que recibe un informe está obligado a investigar el asunto al recibir dicho informe y, en su caso, tomar las medidas necesarias para remediar la situación. El Tribunal

152 *The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau), Judgement, ITLOS Reports 2014*, p. 14, en p. 45-46, párr. 113-118.

153 Como el TIDM advirtió tempranamente en el asunto *Saiga 2*, “[t]here is nothing in article 94 to permit a State which discovers evidence indicating the absence of proper jurisdiction and control by a flag State over a ship to refuse to recognize the right of the ship to fly the flag of the flag State” (*Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 10, en p. 41, párr. 82).

154 Para el caso del control sobre la polución marina, puede verse WESTON, J.C.L., “The Possibility of Litigation Regarding Liability of Flag States in the Case of Vessel-Based Pollution”, *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 47-65; y, en general, puede verse MANSELL, J.N.K., *Flag State Responsibility. Historical Development and Contemporary Issues*, Dordrecht, Springer, 2009.

añadió que el Estado del pabellón tiene la obligación de informar al Estado informante sobre las medidas adoptadas¹⁵⁵. Y en su opinión consultiva de 2011 sobre las responsabilidades de los Estados patrocinadores de actividades en la Zona de los fondos marinos y oceánicos, el TIDM —tras afirmar que dichas responsabilidades son oponibles a todos los Estados, desarrollados o no¹⁵⁶— advierte que

“equality of treatment between developing and developed sponsoring States is consistent with the need to prevent commercial enterprises based in developed States from setting up companies in developing States, acquiring their nationality and obtaining their sponsorship in the hope of being subjected to less burdensome regulations and controls. The spread of sponsoring States “of convenience” would jeopardize uniform application of the highest standards of protection of the marine environment, the safe development of activities in the Area and protection of the common heritage of mankind”¹⁵⁷.

Es cierto que estos dictámenes del TIDM se refieren, uno, a las posibles responsabilidades en el ámbito de las pesquerías y, otro, a las responsabilidades por actividades mineras en la zona. Sin embargo, en ambos casos, el Tribunal elabora y confirma una serie de reglas sobre las responsabilidades derivadas del “vínculo genuino” a que se refiere el artículo 90(1) de la CNUDM que bien puede aplicarse a la responsabilidad del Estado de pabellón sobre las actividades de sus buques dirigidas al patrimonio cultural subacuático¹⁵⁸.

A ello se refiere el artículo 16 de la Convención UNESCO cuando establece la obligación a cargo de sus Estados parte de verificar que sus buques no lleven a cabo ninguna actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático que no esté de conformidad con la Convención. Esas actividades pueden ser tanto “actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático”, esto es, actividades cuyo objeto primordial sea el patrimonio cultural subacuático y que puedan, directa o indirectamente, alterarlo materialmente o causarle cualquier otro daño; como “actividades que afectan de manera fortuita al patrimonio cultural subacuático”, es decir, actividades que, a pesar de no tener al patrimonio cultural subacuático como objeto primordial o secundario puedan alterarlo materialmente o causarle

155 *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015*, p. 4, en p. 36, párr. 118.

156 *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, p. 10, en p. 54, párr. 158.

157 *Ibid.*, párr. 159.

158 Como así discutimos, en relación con la variable medioambiental de las actividades en la Zona, en nuestro trabajo “Exporting Environmental Standards to the Protection of Underwater Cultural Heritage in the Area”, in J. Crawford, A.G. Koroma, S. Mahmoudi & A. Pellet (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour Djamchid Momtaz*, La Haya, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 255-273.

cualquier otro daño¹⁵⁹. Ahora bien, el artículo 16 parece discriminar entre ambas y referirse únicamente a las primeras —al hablar de “ninguna *actividad dirigida* al patrimonio cultural subacuático” (énfasis añadido)—, de tal suerte que la obligación de control a cargo de los Estados parte se referiría a dichas actividades, esto es, aquellas cuyo objeto es el patrimonio cultural subacuático en sí y que puedan causar un daño. Veremos que no es así (o no debería ser así) pero la práctica del primer supuesto ya es llamativa, y particularmente ha afectado a España.

El primer caso lo encontramos en el asunto del expolio en 2007 de la fragata española *Nuestra Señora de las Mercedes* por parte de una compañía estadounidense —“Odyssey Marine Exploration, Inc.”— desde el buque R/V *Odyssey Explorer* con bandera de Bahamas desde 2003 a 2016¹⁶⁰. Como puso de manifiesto la sentencia que decidió sobre el destino final de los objetos recuperados desde el buque, sus dueños llevaron a cabo una serie de actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático que perturbaron irremediabilmente el sitio arqueológico donde reposaban los restos de la fragata española¹⁶¹. Dicho sitio —no olvidemos: también la tumba de guerra marina de la tripulación y pasaje a bordo de la *Mercedes*— se encuentra en la actual plataforma continental portuguesa. A pesar de la trascendencia del caso, pues culminó un cambio fundamental en la aplicación de *law of salvage* a los buques de Estado por parte de la jurisprudencia estadounidense¹⁶², Bahamas no llevó a cabo ningún tipo de diligencia para conocer si un buque de su nacionalidad estaba cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Derecho internacional general y la CNUDM. Tampoco España ni Portugal llevaron a cabo reclamación alguna ante Bahamas.

El segundo caso también afectó a España cuando el buque R/V *Louisa*, navegando bajo pabellón de San Vicente y las Granadinas, fue la base de operaciones de actividades de expolio del patrimonio cultural subacuático en aguas interiores y mar territorial españoles¹⁶³. Sorprendentemente, cuando el Estado de pabellón judicializó el caso ante el TIDM —demandando a España por la detención y requisa judicial del *Louisa* en el muelle del Puerto de Santa María, Cádiz—, entre sus peregrinos argumentos contra España se encontraba inicialmente la acusación de

159 Párrafos 6 y 7 del art. 2 de la Convención UNESCO, respectivamente.

160 Y que luego, con distinto nombre y pabellón, protagonizará nuestro último caso.

161 Un recuento del caso puede verse en nuestro trabajo “Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales: Los casos de la *Mercedes* y del *Louisa*”, en 19 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2015), pp. 47-77.

162 Véase *supra* n. 45.

163 Para los detalles del caso, véase el trabajo citado en la nota 162 y texto que la acompaña, así como —para el enjuiciamiento del caso ante los tribunales españoles— PERIAGO MORANT, J.J., “Crónica de jurisprudencia penal”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 24, 2020, pp. 357-361.

que, con aquella detención, España había violado el artículo 303 de la CNUDM, precisamente el precepto que obliga a los Estados a proteger el patrimonio cultural subacuático¹⁶⁴. En ningún momento San Vicente y las Granadinas, como Estado de pabellón del buque, planteó —dentro o fuera del litigio ante el TIDM— que llevara a cabo control alguno de su buque en relación a sus actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en aguas españolas. San Vicente y las Granadinas, el 11 de agosto de 2010, esto es, antes incluso del depósito de su demanda contra España ante el TIDM el 23 de noviembre de 2010, había ratificado la Convención UNESCO. Es cierto, sin embargo, que los hechos enjuiciados ante el TIDM se habían producido antes de la entrada en vigor de la Convención para San Vicente¹⁶⁵.

El tercer caso lo protagonizaron dos buques — el *Seaway Invincible* y el *Seaway Endeavour*—, ambos con pabellón de Togo y propiedad de la misma compañía sueca (Seaway Offshore Ltd.)¹⁶⁶. El primero de ellos, cuando operaba entre la zona contigua y la ZEE española en el Mar de Alborán, fue inspeccionado por la Guardia Civil y expulsado de las aguas españolas en diciembre de 2012 por no acreditar permiso alguno para las actividades que parecía estar llevando a cabo de prospección de los fondos marinos en dichas aguas. Lo mismo ocurrió en mayo de 2013 con el segundo buque, aunque esta vez, operando en nuestra zona contigua, fue detenido y obligado a dirigirse al puerto de Algeciras, donde fue inspeccionado por las autoridades españolas¹⁶⁷. Las actuaciones judiciales están aún bajo secreto del sumario y Togo ratificó la Convención UNESCO el 6 de julio de 2013, pocas semanas después de la detención e inspección del *Seaway Endeavour*. En ningún momento sus autoridades evidenciaron ningún tipo de control sobre las actividades de ambos buques en la zona contigua o ZEE españolas (ni reaccionaron ante la detención del segundo buque el 26 de mayo de 2003).

El último caso que citaremos es más reciente y nos trae de vuelta al *Odyssey Explorer* que, sin embargo, desde 2016 se llama *Empire Persia* y pertenece a una

164 Como así se puso de manifiesto finalmente en la sentencia de 28 de mayo de 2013 del TIDM: *M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 4, en p. 38, párr. 118.

165 Las actividades de expolio se llevaron a cabo desde agosto de 2004 hasta el 1 de febrero de 2006, fecha en la que el *Louisa* fue detenido por orden judicial.

166 En el puerto de Gibraltar —desde el que operaron— coincidieron con el *Ocean Endeavour*, con pabellón británico, también implicado en prospecciones irregulares en el Mar de Alboran. Véase en <https://www.diariodesevilla.es/andalucia/Gibraltar-investiga-permiso-Mar-Alboran0881612476.html>.

167 Véase la noticia en <https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspañola/conocenosnoticias/prefLang-en/00noticias--2013--05--NT-104-INTERCEPTACION-BUQUE-en?selectedNodeID=1212169&pageAction=selectItem&pageNum=73¶mNo=000000>; y en la prensa en <https://www.abc.es/cultura/20130530/abci-diamantes-cazatesoros-alboran-201305291831.html>.

compañía británica (Enigma Recoveries Ltd.), navegando desde entonces bajo pabellón de Panamá. Previamente, el 24 de diciembre de 2015, el *Odyssey Explorer* fue detenido e inspeccionado en Limassol por las autoridades chipriotas por presunta violación de la legislación sobre antigüedades de Chipre al encontrarse a bordo, sin ser declarados a la entrada a puerto, alrededor de 600 objetos que supuestamente fueron recuperados de la ZEE del Líbano. El buque y la tripulación fueron liberados posteriormente y el buque abandonó la zona, pero las autoridades aduaneras de Chipre retuvieron el material incautado en espera de una investigación sobre su origen¹⁶⁸. Con posterioridad —ya con diferente nombre y pabellón— el buque de nuevo merodeó por aquellas latitudes¹⁶⁹. En mayo de 2020, la compañía caza-tesoros que había recuperado la carga, hizo públicos ciertos datos del hallazgo dando a entender que las actividades se habían llevado a cabo en la ZEE del Líbano, haciendo reaccionar a las autoridades libanes con una nota verbal dirigida a Panamá —Estado de pabellón del buque en ese momento— recordando que ambos eran Estados parte en la Convención UNESCO¹⁷⁰. A la espera de conocer el destino final de la impresionante carga bajo custodia chipriota, cuyo origen parece ser un buque otomano del Siglo XVII con carga de muy diverso origen, tanto la UNESCO y el Comité Internacional sobre el patrimonio cultural subacuático del ICOMOS, como el propio Estado libanés han reaccionado ante las actividades del buque, primero como *Odyssey Explorer* bajo pabellón de Bahamas y después como *Empire Persia* bajo pabellón panameño.

Nos encontramos, pues, con varios casos en los que, si bien es cierto que la Convención UNESCO no era aplicable (*ratione temporis* o *ratione personæ*), sí lo es la CNUDM que (1) obliga a sus Estados parte a proteger el patrimonio cultural subacuático, y (2) obliga a tales Estados a controlar el cumplimiento del Derecho internacional por los buques que enarbolan su pabellón. Sin embargo, la condición de “pabellón de conveniencia” de los Estados cuyos buques llevaron a cabo las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático, hace muy difícil dicho control. No obstante, en los casos de San Vicente, Togo y Panamá, por su condición de partes en la Convención UNESCO, deben ahora prestar una especial

168 Véase en la prensa <https://cyprus-mail.com/2020/05/10/battle-over-shipwreck-treasure-cultural-heritage-is-not-ours-to-sell/>.

169 Las informaciones disponibles especulan con que *Odyssey Marine Exploration* despachó al *Odyssey Explorer* al Líbano a principios de 2009 y luego se prestó en la búsqueda de un avión etíope que se había estrellado en la zona tras despegar del aeropuerto de Beirut el 25 de enero de 2010. Según los informes, la embarcación regresó para realizar un estudio de video y un foto-mosaico de toda el área de los restos del avión. Se especula que fue durante esta misión durante la que desde el *Odyssey Explorer* se identificó la ubicación de una docena de naufragios.

170 Documentación en archivo del autor.

atención al deber impuesto en el artículo 16 de la misma, estando el resto de Estados parte legitimados a exigir su cumplimiento.

Ahora bien, esta aproximación —reduciendo el deber de control a esas actividades *dirigidas* al patrimonio cultural subacuático— limitaría la eficacia de la Convención UNESCO cuyo propósito esencial recogido en su artículo 2(1) es “garantizar y fortalecer la protección del patrimonio cultural subacuático”; y, para ello, en su artículo 5, recuerda que “[c]ada Estado Parte empleará los medios más viables de que disponga para evitar o atenuar cualquier posible repercusión negativa de actividades bajo su jurisdicción que afecten de manera fortuita al patrimonio cultural subacuático”. De ahí que pueda entenderse que la interpretación contextual del artículo 16 no debe dejar fuera del deber de control del Estado sobre sus buques a las actividades que afecten fortuitamente al patrimonio cultural subacuático¹⁷¹. De hecho, esta es la aproximación que el Derecho internacional incorpora a otras actividades en el ámbito marítimo para las que el deber de diligencia y el principio de precaución son elementos fundamentales¹⁷².

En todo caso, el artículo 16 de la Convención UNESCO supone la obligación a cargo de los Estados parte, por razón del reconocer un *efecto útil* a dicho precepto, de incorporar en su derecho interno los necesarios desarrollos legislativos para hacer efectiva su jurisdicción sobre sus nacionales y buques, indistintamente del lugar donde se haya cometido el daño al patrimonio cultural subacuático. Ello implica que,

“[w]hen interpreting Article 16 in light of this object and purpose, the adoption of prohibitions backed with criminal sanctions is a first and indispensable step of any implementation scheme. States Parties can hardly protect underwater cultural heritage without the criminalisation of acts that endanger it and doing so is clearly included within ‘the best practicable means at their disposal’”¹⁷³.

Ya vimos que en el caso de España el régimen sancionador —tanto penal como administrativo— es susceptible de mejora. En cuanto al establecimiento de la jurisdicción penal sobre los buques, el artículo 23(1) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁷⁴ establece que

171 Cf. PETRIG y STEMMLER, *op.cit.* n. 147, pp. 408 y 410. Estas autoras, sin embargo, acertadamente advierten que “[y]et States Parties are free to go beyond their obligations stemming from the Convention and to also prohibit other types of conduct that may be detrimental to underwater cultural heritage. Such a course of action would certainly be in furtherance of the Convention’s aim” (*ibid.* pp. 410-411, notas omitidas).

172 Véase aquí la posible aplicación de los razonamientos y conclusiones del TIDM en su dictamen de 2015 antes citado.

173 PETRIG y STEMMLER, *op.cit.* n. 147, p. 410. Véase de nuevo el art. 17 de la Convención, referido a las sanciones y comentado *supra* en la sección 2.2.2 de este Curso.

174 BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985 (versión consolidada).

“[e]n el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

El objeto y fin de la Convención también requieren el establecimiento de la jurisdicción penal de los Estados parte sobre las actividades de sus nacionales o personas a bordo de sus embarcaciones. Dado que el patrimonio cultural subacuático se encuentra en todas las zonas marítimas, el régimen de protección previsto por la Convención debe extenderse a todas ellas. A falta de jurisdicción territorial en la mayoría de estas zonas, es necesario que los Estados parte establezcan su jurisdicción en función de la nacionalidad de la persona y el pabellón de la embarcación, un curso de acción que está claramente “a disposición” de los Estados y es “apropiado”. En resumen, sólo si los Estados Parte tipifican delitos penales y establecen su jurisdicción sobre la base de los principios de nacionalidad activa y Estado del pabellón, es posible reprimir las actividades ilícitas a escala mundial y lograr un régimen de protección verdaderamente global del patrimonio cultural subacuático.

4. REFLEXIONES FINALES

La Convención UNESCO de 2001 lleva ya tras de sí más de dos décadas de existencia y, desde 2009, está en vigor. Numerosas críticas siguen dándose sobre ella, algunas merecidas, otras no. La mayoría de las críticas pretenden ignorar que, tratándose esencialmente de un tratado en materia cultural —un ámbito generalmente pacífico jurídicamente hablando a pesar de las complejidades que le son propias—, deviene esencialmente aplicable en los espacios marinos donde las “sensibilidades” políticas, jurídicas y estratégicas son especialmente encontradas. Aún más ahora que los océanos —donde se encuentran los mayores recursos naturales, por donde transcurre más del 80% del comercio mundial y que regulan el clima cambiante del planeta — vuelven a ser un oscuro objeto del deseo a la vez que un basurero mundial y un escenario de riesgos y amenazas.

En ese escenario, la Convención UNESCO pretende proteger y fomentar la cooperación en la protección científica y en beneficio de la humanidad del patrimonio cultural subacuático, compuesto en demasiados casos de verdaderas “capsulas del tiempo”, indispensable para entender el devenir histórico de esa humanidad, cuyo rastro se encuentra en los mares y océanos, los mayores museos de nuestro planeta.

Algunos Estados se han convertido en campeones de su causa, entre ellos España. Nuestra Nación está cooperando activamente, financiando proyectos y liderando iniciativas, tanto en el plano multilateral como en el bilateral. Asimis-

mo, como hemos visto en este Curso, ha tratado de implementar del modo más efectivo algunas de las obligaciones recogidas en la Convención: entre otras, la protección *in situ* del patrimonio cultural subacuático como primera opción, o su no comercialización evitando la aplicación del derecho de salvamento al mismo, expediente jurídico habitual de los cazatesoros. España ha litigado internacionalmente cuando lo ha considerado oportuno, liderando una causa que ha modificado la jurisprudencia de los foros tradicionales a los que acudían esos cazatesoros hasta hace pocos años.

Quedan sin embargo diversas cuestiones pendientes que requieren de una revisión, en muchos casos profunda, para disuadir y sancionar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático o fortuitas que puedan dañar a dicho patrimonio. Así, el régimen de hallazgos merecería una atención especial para, eliminando el “premio” previsto en nuestra legislación actual, disuadir a aquéllos que de manera profesional o no se dedican a la búsqueda de objetos valiosos que, en demasiadas ocasiones, son bienes pertenecientes al patrimonio cultural español y quedan dañados irremediablemente por esa actividad en la que adquieren un protagonismo especial los detectoristas, cuya actividad debería evitarse bajo un régimen de autorizaciones preciso y de sanciones realmente disuasorias.

Para ello, nuestro sistema penal, debe enfrentar algunos retos importantes y solventar algunas carencias. Debe comprenderse que, si bien forma parte del patrimonio cultural y no debe separarse su regulación general de dicho patrimonio, el patrimonio cultural subacuático tiene unas características peculiares que requieren adecuar su protección a través de medidas penales y administrativas también peculiares, esencialmente preventivas y mitigadoras del daño en ámbitos en los que muchas veces se supone la existencia de dicho patrimonio, pero se desconoce su localización y relevancia exactas. Debe entenderse además que las labores de prevención se dan en espacios marinos sobre los cuales España ejerce soberanía o jurisdicción, y en los cuales se llevan a cabo multitud de actividades —lícitas e ilícitas— que pueden suponer un quebranto de nuestro patrimonio sumergido, de ahí que sea necesaria asimismo una acción coordinada de todas las administraciones implicadas y con competencias en esos espacios. Pero también debe darse la necesaria cooperación entre autoridades y de órganos jurisdiccionales de diferentes Estados, entre otras cosas para facilitar la obtención de pruebas, la requisa o embargo de bienes indebidamente recuperados y la recuperación del patrimonio subacuático ilícitamente traficado.

Junto con estas necesarias mejoras en el ámbito penal, esperamos que en la reforma de la LPH asuma nuevos planteamientos antes los cambios metodológicos, tecnológicos y jurídicos que se están dando en la protección del patrimonio cultural subacuático. Y si ello es así en el plano doméstico, en el plano internacional se requiere completar los mecanismos de cooperación previstos en la Convención UNESCO con el establecimiento de un procedimiento de control

y seguimiento que procure, más que verificar los incumplimientos, detectar las carencias y lagunas en la aplicación de la Convención. Algunas son propias de su régimen convencional —como la ausencia misma de ese mecanismo de control no contencioso—; otras son tributarias del régimen general que gobierna las actividades de los Estados en los mares y océanos, como la limitada eficacia que se da en el control irregular de las actividades de muchos buques, sobre todo de aquéllos que navegan bajo pabellón de conveniencia. Algunos de esos Pabellones son hoy Partes en la Convención UNESCO y deben ser mucho más estrictos de lo que ahora lo son.

Quedan, en fin, muchos aspectos a mejorar. La Convención UNESCO se elaboró en parte sobre ciertas *constructive ambiguities*. Hoy, sin embargo, también aparecen en derredor suya ciertos *destructive misunderstandings* que deben ser corregidos: aclarar los derechos y deberes en el sistema de cooperación previsto para las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático localizado en la ZEE o la plataforma continental; el alcance real del principio de protección *in situ* como primera opción; o la articulación pacífica de la Convención en el régimen general de derecho del mar codificado en la CNUDM podrían ser algunos de ellos. Poco a poco, al ritmo que las relaciones internacionales imponen, la Convención UNESCO dejará de ser una veinteañera para asentar sus principios y resolver sus propias contradicciones.