



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 8 / 2 0 0 3

(Pleno)

La Laguna, a 12 de junio del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre Intervenciones Arqueológicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 75/2003 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 9 de mayo de 2003, la Presidencia del Gobierno solicita, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.B. b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias ([LCCC), Dictamen sobre el Proyecto de Decreto (PD) de Intervenciones Arqueológicas.

2. El objeto del presente dictamen es el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre Intervenciones Arqueológicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (PR).

La legitimación y preceptividad de la consulta.-

La legitimación del Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen, su carácter y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.B).b) y 12.1 de la LCCC, ya que el expediente se refiere a un proyecto de Reglamento dictado en ejecución de una Ley, por lo que la consulta al Consejo Consultivo es preceptiva.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

El rango de la norma y la habilitación legislativa.-

El rango jerárquico de la norma es el adecuado, ya que afecta a un Decreto por el que el Gobierno desarrolla la Ley Territorial 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico, en cuya Sección 2ª "Intervenciones Arqueológicas", art. 66 "Definición y régimen de autorizaciones", párrafo 3 dispone: "El procedimiento y requisitos de la autorización se determinará por reglamento (...)" y la Disposición Final Segunda de la citada Ley autoriza "al Gobierno de Canarias para dictar los reglamentos de desarrollo de la presente Ley".

Se trata de un proyecto de Decreto por el que se desarrolla una norma de rango de ley, para lo que el Gobierno ostenta expresa habilitación legal para ejercer la potestad reglamentaria necesaria en la materia en función de la actuación administrativa que se establece.

Procedimiento de elaboración del Proyecto de Reglamento.-

4. Consta en el expediente recibido la certificación del acuerdo del Consejo de Gobierno, adoptado el 30 de abril de 2003, de toma en consideración del PD y solicitud de dictamen a este Órgano consultivo sobre el citado PD. Se han emitido previamente los siguientes informes preceptivos: de acierto y oportunidad, de la Dirección General de Patrimonio Histórico, de fecha 20-XI-2002 (art. 44, Ley 1/1983, de 14 de abril); de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, de 31-3-2003 (arts. 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre y 15.5.a) del Decreto 121/1991, de 11 de septiembre); Informe de la Oficina Presupuestaria de la Viceconsejería de Cultura y Deportes (arts. 26.4.a), Decreto 8/2003, de 31 de enero y 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo); Informe de la Inspección General de Servicios de 30 de abril de 2003 (art. 34.2.d), Decreto 116/2001); de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, de 14-04-2003 (art. 26.4.b) del Decreto 8/2003, de 31 de enero); Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, de 24-1-2003 (art. 20.f), Decreto 232/1985, de 18 de diciembre); e Informe de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos de 24-4-2003 (art. 1 del Decreto 80/1983). Consta, finalmente, el trámite de audiencia a los Cabildos Insulares, Universidades y Museos.

5. Sobre la aprobación del PD.-

La solicitud de Dictamen tuvo entrada en el Registro del Consejo el 13 de mayo del corriente. En virtud del art. 20.1 de la Ley del Consejo Consultivo, el plazo para la emisión del Dictamen concluirá una vez transcurridos 30 días desde la recepción en el registro correspondiente. Esto significa que el Gobierno tendrá que aprobar, en su caso, el Decreto en fecha posterior al 25 de mayo, tras las elecciones al Parlamento canario. El art. 20 del Estatuto de Autonomía dispone que "el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones al Parlamento (...)". Por ello, desde el 26 de mayo el Gobierno cesante se encuentra "en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno (...)".

Un proyecto de reglamento dirigido a regular una materia que se encuentra regulada por la LPHC, la cual deja amplio margen a la potestad reglamentaria, ya que su art. 66.3 LPHC remite la materia al reglamento sin más condicionamientos que los puntuales de sus arts. 66.2 (garantía de nivel técnico), 66.3 (exigencia de proyecto técnico) y 67.1 (deber de entregar una memoria), debe respecto al acto final de aprobación, en su caso, corresponder al nuevo Gobierno, cuestión sobre la que ya ha tenido ocasión este Consejo de pronunciarse, entre otros, en sus Dictámenes 42/95; 43/95 y 67/99.

6. Competencia de la Comunidad Autónoma.-

El art. 30.9 del Estatuto de Autonomía de Canarias atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en "Cultura, Patrimonio Histórico, Artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico, sin perjuicio de las competencias del Estado para la defensa de dicho Patrimonio contra la exportación y la expoliación (...)".

En el ejercicio de estas competencias corresponden a la Comunidad Autónoma las potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva, que ejercerá con sujeción a la Constitución y al Estatuto de Autonomía.

La Ley 4/1999, de 15 de marzo, "Competencias de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma" atribuye a ésta, "autorizar y ordenar las intervenciones arqueológicas sin perjuicio de poder encomendar su ejecución al correspondiente Cabildo Insular" [art. 6.1.e)].

II

El contenido del proyecto de Reglamento.-

Sin perjuicio de todo lo expuesto, resulta adecuado hacer algunas observaciones sobre el contenido del Reglamento.

1. Art. 4.-

El artículo 4.1 del PR, dispone:

"Podrán solicitar autorización para la realización de las mencionadas intervenciones:

a) Las personas físicas, nacionales, de países miembros de la U.E. o extranjeras, que cuenten con titulación académica de Licenciado en Historia o equivalente y acrediten formación arqueológica, o con una titulación análoga obtenida en Universidades extranjeras o de la U.E., cuyos títulos hayan sido homologados por el Estado Español.

b) Los Departamentos de las Universidades españolas con competencias arqueológicas y paleontológicas.

c) Los Museos arqueológicos insulares.

d) Los Institutos de Prehistoria, Arqueología del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (C.S.I.C.), equivalentes en los países miembros de la U.E. e Investigaciones arqueológicas extranjeras.

e) Los Cabildos Insulares.

f) Los Ayuntamientos."

Toda identificación individual del destinatario de una norma supone una excepción al principio de igualdad, que requiere justificación objetiva y razonable.

Del art. 66.4 LPHC, que prohíbe las autorizaciones genéricas a individuos o entidades concretas, se infiere que los titulares de las autorizaciones pueden ser personas físicas o jurídicas. Puesto que la finalidad de una intervención arqueológica es descubrir, documentar o investigar restos arqueológicos tanto en el medio terrestre como en el marino a través de la excavación, sondeo, prospección, etc. (art. 66.1) y la de su previa autorización es garantizar su nivel técnico, su carácter sistemático y evitar la pérdida de información científica

(art. 66.2). Es obvio que los titulares de esas autorizaciones deben tener la cualificación científica necesaria para alcanzar esas finalidades; por ello, es obligado que el reglamento, que corresponde establecer los requisitos de la autorización (art. 66.3), concrete los requisitos que acrediten esa cualificación científica.

El art. 66.3 LPHC dispone que el reglamento establezca los requisitos de la autorización, no que designe *nominatim* sus posibles titulares. La dicción del precepto legal manifiesta claramente que la voluntad de la Ley es que esos posibles beneficiarios se designen, con criterios de generalidad sin "numerus clausus".

El art. 4.1 PR sólo en su primer párrafo a) establece esos requisitos objetivos, que consisten en poseer el título de Licenciado en Historia o equivalente más acreditación de formación arqueológica o titulación análoga.

La definición reglamentaria no se corresponde con el art. 60.1 LPHC y 40.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, que integra como parte del patrimonio arqueológico los elementos geológicos y paleontológicos. Las intervenciones arqueológicas reguladas en el art. 66 pueden tener también por objeto el descubrimiento e investigación de elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre, orígenes y antecedentes. De ahí que los solicitantes, personas físicas, de autorizaciones de intervenciones que tengan esa finalidad deban poseer la formación científica en paleontología y geología. Por consiguiente, el reglamento debería precisar que cuando la intervención tenga como fin el descubrimiento e investigación de elementos geológicos paleontológicos, los solicitantes han de poseer titulación superior cualificada en la materia, Geología, Biología, etc.

Salvo el caso del párrafo b) que incluye también los Departamentos de Universidades privadas, todos los demás posibles destinatarios de esas autorizaciones son instituciones públicas, lo que implica excluir a las instituciones científicas privadas de la posibilidad de realizar intervenciones arqueológicas. La LPHC no realiza tal exclusión, por lo que el reglamento debería suprimirla ya que la legitimación que la Ley concede no puede ser restringida mediante reglamento a través de una enumeración taxativa contraria al "numerus apertus".

El art. 4.1, b) del proyecto de reglamento, contempla "Los Departamentos de las Universidades españolas con competencias arqueológicas y paleontológicas" como posibles titulares de las autorizaciones y no contempla el art. 4.1 en el resto de sus apartados los Institutos Universitarios de Investigación que son, según el art. 10 de la Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 21 de diciembre, centros dedicados a la investigación científica y técnica, o a la creación artística y al igual que los Departamentos universitarios son órganos que desarrollan actividades de investigación. No hay razón alguna que justifique que se excluya de la posibilidad de solicitar autorizaciones a los Institutos Universitarios de Investigación, que pueden ser constituidos por una o más Universidades, o conjuntamente con otras entidades públicas o privadas mediante convenios u otras formas de cooperación (art. 10.2 LOU), siempre que la actividad de estos Institutos Universitarios de Investigación tenga relación con la arqueología, paleontología o geología.

Siendo las intervenciones arqueológicas actuaciones que tienen por finalidad descubrir e investigar, documentar o restos arqueológicos (art. 66.1 LPHC), es decir, actuaciones comprendidas en la libertad de investigación, el reglamento no debería excluir la posibilidad de realizarlas cualquier persona física o jurídica que por sí o por medio de un Director siempre que reúnan titulación superior en la especialidad adecuada al trabajo que se vaya a realizar.

Por estas razones debería el reglamento contemplar como sujetos legitimados para solicitar las autorizaciones a las instituciones científicas privadas, con especialidad adecuada en materia arqueológica.

El art. 4.1, c) del proyecto de reglamento reserva exclusivamente a los museos arqueológicos insulares la posibilidad de realizar intervenciones arqueológicas. El art. 76 LPHC define los museos como instituciones una de cuyas funciones es la investigación. El art. 87.1 LPHC también contempla las actividades de investigación de los museos. La LPHC contempla y regula museos públicos, concertados y privados y dentro de los primeros distingue entre museos autonómicos, insulares y de ámbito superior al insular; a su vez, dentro de los museos insulares regula específicamente los museos arqueológicos insulares (arts. 76 a 82 LPHC). El art. 78.2 LPHC insiste en la función de investigación de todos los museos públicos y el art. 78.3 LPHC ordena que los museos públicos regionales o insulares presten atención particular a su condición de centros de

investigación e instrumenta medidas dirigidas a la acreditación de su solvencia científica.

Es evidente, pues, que para la LPHC tanto los museos públicos como los privados son centros de investigación y especialmente los museos regionales e insulares, estando legitimados legalmente para solicitar autorizaciones para realizar intervenciones arqueológicas, si su actividad o programa de investigación recae sobre arqueología, paleontología o geología.

Toda la problemática planteada podría resolverse añadiendo un nuevo apartado al art. 4.1.g) del PD a efectos de permitir que pueda solicitar autorización para realizar intervenciones arqueológicas "*cualquier sujeto público o privado con interés legítimo que acredite adecuada cualificación en la materia*".

2. El art. 4.2 del PR señala que "las solicitudes que no estén suscritas por personas físicas deberán designar un Director de la investigación que cumpla los requisitos del apartado a) anterior".

La referencia a personas físicas puede interpretarse como si se refiriese únicamente a éstas, en contraposición a las personas jurídicas privadas, sin incidencia sobre las Administraciones públicas, "Cabildos Insulares y Ayuntamientos", por lo que debería clarificarse en el PR que cualquiera que sea la persona jurídico-público deberá aportar un proyecto técnico firmado por titulado superior, cualificado en la materia, en armonía con lo dispuesto en el art. 66.3 de la LPHC.

3. El art. 14.1 del proyecto de reglamento dispone que el Director de la intervención arqueológica debe presentar una memoria a la finalización de la intervención.

A este precepto se le deben hacer dos observaciones:

Primera: Del art. 66.4 LPHC resulta que los titulares de las autorizaciones pueden ser personas físicas o jurídicas. De ahí que el Director de la intervención, en el caso de autorizaciones otorgadas a personas jurídicas, sea una persona distinta del titular de la autorización.

El art. 67.1 LPHC impone el deber de entregar la Memoria al titular de la autorización, no al Director de la intervención. En caso de que el titular de la autorización sea una persona jurídica, el art. 14.1 del proyecto de reglamento

desplaza el deber de presentar la memoria, a diferencia de lo que señala el art. 67.1 LPHC, al Director de la intervención, por lo que se debería exigir la memoria al titular de la autorización, tal como adecuadamente se establece en el art. 11.g) del PR, memoria que será realizada según los casos, directamente por el titular, cuando se trate de personas físicas o por el Director de la investigación en los demás supuestos.

Segunda: Del art. 67.1 LPHC resulta que una intervención, objeto de una única autorización, puede realizarse de una sola vez o en distintas fases. Atendiendo a esta posibilidad el precepto legal impone el deber de presentar una memoria no sólo al finalizar la intervención, sino también cuando se concluya una fase de la misma.

El art. 14.1 del proyecto de reglamento establece que la Memoria debe ser presentada siempre y en todo caso al final de la intervención, lo cual no se ajusta, plenamente, al art. 67.1 LPHC que dispone que si ésta se realizare en varias fases, se presentará una memoria al final de cada una de ellas.

4. Las leyes del Estado regulan la propiedad intelectual (art. 149.1.9ª de la Constitución). La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que ostenta el autor sobre su obra científica, literaria o artística (art. 2 del Texto Refundido de la Propiedad Intelectual, LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). Entre esos derechos se encuentran los de decidir la divulgación de la obra o su permanencia como inédita, a modificarla, a retirarla por cambio de sus convicciones intelectuales (art. 14 LPI) y a explotarla (art. 17 LPI).

La *interpretación* de una intervención arqueológica, *conclusiones* y *resultados* de los análisis realizados pueden constituir la expresión y talento de su autor y por tanto integrar una obra científica. El art. 14 del proyecto de reglamento los incluye como contenido necesario de la Memoria que debe presentar el Director de la intervención arqueológica autorizada.

El art. 67 LPHC permite diferenciar entre "*memoria*" y "*resultados*" de la intervención. La Memoria es calificada de documentación ("la memoria y demás documentación") que debe entregar al finalizar la intervención o cualquiera de sus fases el titular de la autorización, que puede ser una persona jurídica.

De esa calificación de documentación y de que debe ser entregada por el titular de la autorización resulta que el contenido de la memoria puede

constituir obra científica. La interpretación de los restos arqueológicos y paleontológicos, la formulación de conclusiones e hipótesis científicas, en suma, los resultados de la intervención autorizada, por el contrario, constituye en gran medida una actividad creadora del autor.

A éstos se refiere el art. 67 LPHC en otro apartado del siguiente modo:

"Los resultados de las intervenciones financiadas total o parcialmente con fondos públicos deberán ser publicados en la forma que se fije al otorgarse la autorización, sin perjuicio de la propiedad intelectual de sus autores".

El art. 67.3 no pretende modificar el régimen de la propiedad intelectual, al declarar expresamente su inciso final "sin perjuicio de la propiedad intelectual de sus autores".

Esta propiedad intelectual comprende el derecho a decidir la publicación de su obra y en qué momento, así como el derecho a explotarla (art. 14.1º LPI en relación con el art. 4 de la misma; arts. 2 y 17 LPI), derechos que deja incólumes el art. 67.3 LPHC.

Este precepto lo que establece, por tanto, es que sólo en los supuestos de intervenciones arqueológicas con financiación pública sus *resultados* serán publicados en la forma que fije la autorización, si esa forma es aceptada por sus autores. La publicación de los resultados, en cuanto obra científica, necesita siempre del previo consentimiento de sus autores.

El fin de la autorización es garantizar el nivel técnico de la intervención, su carácter sistemático y evitar la pérdida de información científica (art. 66.2 LPHC), razón por la cual se concede la autorización, sobre la base de un proyecto técnico (art. 66.3 LPHC).

La obra científica arqueológica se crea a partir de la información arqueológica que está constituida no sólo por los restos arqueológicos, sino también por fotografías, diapositivas, planos, croquis, informes, análisis, interpretaciones y conclusiones, etc. A ello se refiere el art. 14.2 del PR cuando exige inventario del material hallado, las analíticas realizadas, planos, dibujos, ilustraciones fotográficas, etc., así como las conclusiones de los análisis (art. 14.f) e interpretaciones de la intervención (art. 14.e).

De estos preceptos legales resulta que el fin y los contenidos de las memorias serían dos: primero, acreditar que la intervención arqueológica se ha

ejecutado de conformidad con el proyecto técnico en base al cual se concedió la autorización. Segundo, inventariar y catalogar los restos arqueológicos hallados, que son bienes de dominio público, para su depósito en el Museo Arqueológico Insular (art. 67.1 LPHC).

La obra científica que se elabore a partir de los objetos arqueológicos hallados es propiedad intelectual de su autor, por lo que no se podrá difundir ni publicar sin el consentimiento de éstos, salvo renuncia expresa a los derechos que les pudieran corresponder.

El art. 22 del PR condiciona la publicación o difusión de la Memoria, en los medios de comunicación científica nacionales o extranjeros, al acuerdo de los autores, debiéndose señalar, sin embargo, en el PR (art. 22) que la conformidad deberá ser previa a la publicación o difusión, sin perjuicio del derecho de propiedad intelectual de los autores, ya que, cualquier limitación al ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual habrá de establecerse por Ley formal.

C O N C L U S I O N E S

1.- El Proyecto de Decreto sobre Intervenciones Arqueológicas en la Comunidad Autónoma de Canarias, se ajusta a Derecho.

2.- Respecto a la aprobación del PD y a los artículos 4.1, 4.2, 14.1.2 e) y f) del PR se formulan determinadas observaciones de legalidad, Fundamentos (I.5) y (II), respectivamente, del Dictamen.