

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES CULTURALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Luis A. Anguita Villanueva^(*)

RESUMEN

El presente artículo trata de la protección de los bienes que manifiestan elementos o valores de la cultura española. Se define, primero, el concepto y el contenido normativo de los bienes culturales a la luz del derecho positivo, tanto nacional español como supranacional. Se revisan, luego, los antecedentes históricos de la protección de los bienes culturales en el Derecho español, para luego examinar el marco jurídico actual del patrimonio histórico, tanto desde la perspectiva de la normativa supranacional (UNESCO, el Consejo de Europa, la Unión Europea y el Convenio de UNIDROIT), como de la normativa nacional, expresada en la Constitución, el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. El trabajo pone de relieve que la complejidad de la protección de los bienes culturales deriva, en parte, de la dificultad de definir o delimitar el concepto de cultura en la ciencia del Derecho y, por otro lado, de la división político-competencial que se diseña en España a través de la Constitución de 1978, que ha dado pie a una hipertrofia normativa, común a los países de modelo "federal" de distribución de competencias, que dificulta la aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Protección de bienes culturales, patrimonio histórico, UNIDROIT, ordenamientos autonómicos, Constitución española de 1978.

(*) Profesor de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, España.

Artículo recibido el 30 de enero de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 5 de mayo de 2004.

Correo electrónico: luis.anguita@der.ucm.es

ABSTRACT

The article examines the status of objects which embody elements or values of the Spanish culture. First, the legal notion of cultural objects is defined, considering national and supranational law. We then review the historical background of the protection of cultural objects in Spanish law, turning next to the current legal framework for the protection of the historical patrimony, both from a supranational normative perspective (UNESCO, the Council of Europe, The European Union, and the UNIDROIT agreement), and the Spanish national law found in the Constitution, the national law, and the law of the autonomous regions. Throughout the article the notion is stressed that the complexity we find in the protection of cultural objects derives in part from the uneasy relationship between jurisprudence and the concept of culture, and secondly, from the political and jurisdictional division enacted by the Spanish Constitution of 1978, which has brought about, as in other countries following a "federal" model of distribution of powers, massive amounts of legislation which makes it difficult for the legal operators to find the applicable law for a given case.

Protection of cultural objects, historical patrimony, UNIDROIT, law of the autonomous regions, Spanish Constitution of 1978.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata de introducir a los lectores en el complejo mundo de la protección de los bienes que manifiestan elementos o valores de la cultura española. Y digo complejo por dos motivos principales que se desarrollan a lo largo del trabajo: por un lado, por la dificultad que plantea la definición o delimitación del concepto cultural aplicado a la ciencia del Derecho y, por otro, por la división político-competencial que se diseña en España a través de la Constitución española de 1978. Este marco, no extrapolable a ningún otro ordenamiento jurídico, sin embargo, sí se presenta como un ejemplo importante de reflexión. La hipertrofia normativa que está sufriendo al día de hoy la regulación jurídica del patrimonio histórico español es una clara tendencia en los países cuyo modelo "federal" de distribución de competencias está generando una auténtica vorágine de preceptos de muy difícil inserción y de una más difícil aplicación por parte de los operadores jurídicos.

España es uno de los países con más patrimonio artístico en la esfera internacional y es innegable que este no ha sido siempre objeto de la necesaria atención por parte de los poderes públicos y de los propietarios privados, siendo, además, el centro indeseado de constantes ataques políticos, militares y sociales a lo largo de nuestra historia. Si a ello se añade que España se presenta como un país de carácter exportador de este tipo de bienes, tanto legal como sobre todo ilegalmente, hace que nuestro legislador desde muy pronto, aunque con distinto talante, se haya ocupado de tratar de evitar estos abusos, aunque con disparidad de resultados.

II. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS BIENES CULTURALES POR EL DERECHO POSITIVO

Uno de los mayores obstáculos que tiene el mundo del Derecho a la hora de regular figuras que le son extrañas es el de delimitar conceptualmente la extensión de estos términos. El Derecho no puede quedarse en una mera declaración abstracta que le llevaría a su ineficacia, ha de concretar el objeto de su aplicación. Más aún, cuando de esa limitación penden derechos consagrados constitucionalmente. Así, cuando el artículo 321 del Código Penal habla de “edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental”, la Convención de París de 1970 dice “Considerando que los bienes culturales son uno de los elementos fundamentales de la civilización”, el actual artículo 30 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea se refiere a “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”, o el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (G.A.T.T), art. XX.f), a “tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico”, ¿a qué se están refiriendo con esos términos de tan difícil apreciación?¹. Muchos pensarán que el empleo de tales palabras supone tanto como no decir nada, se están refiriendo a campos indefinibles como el arte, la cultura o la historia. Nadie puede negar la increíble abstracción de dichos términos, pero ello no puede significar una apreciación inocua por el mundo jurídico. Más si tenemos en cuenta que la eficacia del Derecho depende en gran medida de su seguridad jurídica.

¹ Un buen resumen del estado de la cuestión en nuestra doctrina y textos legales lo encontramos en Yáñez, A., “Los bienes integrantes del patrimonio histórico español. A propósito de la sentencia 181/1998 del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Tomo 103, julio-septiembre 1999, Madrid, 1999, pp. 459 y ss.

Pero ahí no finalizan los problemas que se le plantean a todo ordenamiento jurídico cuando trata de regular estas esferas de una realidad poco tangible teleológicamente.

Como se ha podido apreciar, el mundo del Derecho no emplea términos unívocos para aprehender estos bienes. Solo en nuestro ordenamiento histórico y actual encontramos una infinidad de vocablos que intentan referirse a parecidos conjuntos de bienes: patrimonio histórico-artístico², Tesoro artístico³, Monumentos artísticos⁴, obras de arte⁵, bienes culturales⁶... Como muestra, nuestra Constitución en su Art. 46 habla de “patrimonio histórico, cultural y artístico”, la Ley 16/1985 de 25 de junio se titula de Patrimonio Histórico Español, los Convenios Internacionales se refieren a bienes culturales y numerosas leyes autonómicas hablan de patrimonio cultural.

² Como ha señalado Prieto de Pedro, J., “Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, “es un hecho innegable que en la legislación del presente siglo, y sobre todo a partir de la tercera década, han sido los adjetivos histórico y artístico los de uso dominante” (p. 1556). Ejemplo Real Decreto 19 de noviembre de 1908, Ley de 22 de diciembre de 1955... Ver nota 24 de dicho artículo.

³ Ej. Decreto de 16 de abril de 1936, por el que se dicta el Reglamento para la aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional. Más referencias J. Prieto de Pedro, *op. cit.*, p. 1557.

⁴ Ej. Ley de 9 de septiembre de 1857.

⁵ Ej. Real Orden de 1 de octubre de 1850. Nuestra actual normativa sobre el IVA habla de objetos de arte.

⁶ Concepto introducido por M.S. Giannini, en su artículo “I beni culturali” *R.T.D.P.* 1976, I, p. 3 y ss. No voy a entrar en el análisis de la famosa doctrina del profesor italiano en torno a la naturaleza jurídica de los bienes culturales. Doctrina que, con mayores o menores aciertos, ha sido la más importante configuración dogmática que se ha realizado en este tipo de bienes. Su estudio parte de la diferenciación ya apuntada por Pugliatti (en su obra *Beni e cose in senso giuridico*. Giuffrè Milán, 1962), en que el objeto cultural tiene dos naturalezas: una de carácter patrimonial, que posibilita su posesión por cualquier sujeto individualizado, y por ello es un bien patrimonial; y otra de carácter inmaterial, que genera un derecho colectivo de “fruición”, lo que le convierte en un bien jurídico cultural. Por ello se separan dos derechos en estos bienes, los de su titular en cuanto lo es del soporte físico, y los de la sociedad en cuanto bien inmaterial con un valor cultural que pertenece a todos. Pero no es una manifestación de propiedad dividida, como primeramente señaló Giannini en su libro *I beni pubblici*, Roma, 1963, sino una configuración de los bienes en el sentido que destacó Pugliatti.

De gran aceptación en la terminología italiana, incluso para designar al Ministerio encargado de los mismos, e internacional. La mayor parte de Convenios hechos en el ámbito de la UNESCO en su traducción española se denominan Bienes Culturales, p. ej. *Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado*, La Haya 14 de mayo de 1954.

Entre los autores españoles que la estudian en sus monografías destacan a Barrero Rodríguez, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, 1990; Alonso Ibáñez, M.R., *El patrimonio histórico español. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992; y Alegre Ávila, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*. Tomos I y II, Madrid, 1994.

Tal vez la nota más cercana a la unificación sea el empleo del término bien cultural, dotado de unas notas de elasticidad y amplitud de la que carecen los demás. Es la categoría más genérica de las que se pueden emplear. De hecho en este trabajo, y en todos los que se refieren a esta materia, es obligado el empleo de estas palabras para referirnos a la universalidad de bienes dotados de ese valor cultural. Sin embargo, y a pesar de que en la mayoría de las normas se suelen referir al término de bien cultural, tal categoría es víctima de sus propias virtudes. La generalidad de estos términos que les dotan de aceptación internacional no nos sirve para delimitar el contenido de las normas, y de ahí que sea necesario la concreción de dicho contenido. Pero es que tales debates en torno al empleo de las palabras más acertadas, su configuración dogmática, lo adecuado del término cultural frente a lo histórico o artístico... no resuelven nada, lo importante es saber en qué consiste, le denominemos de una u otra forma.

Para entenderlo, la única solución es estudiar cómo han resuelto este problema las distintas disposiciones normativas existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

II.1. El contenido normativo del concepto

España, como veremos al final del capítulo, tiene un gran número de normas relativas a los bienes culturales en las que se incluyen definiciones de ellos. Definiciones que varían sustancialmente, dependiendo del campo de aplicación de las mismas, los intereses que representan, así como los criterios de determinación que se utilizan. Empecemos por este tercer punto para entrelazarlo con los otros dos.

Cuando nos proponemos concretar el alcance jurídico de algo como la cultura nos enfrentamos con grandes obstáculos que derivan de la naturaleza de lo que tratamos de estudiar. Aún así, el Derecho ha de estructurar tal definición en torno a realidades tangibles y bien determinadas, encaminadas a la seguridad de los destinatarios y a su aplicabilidad y eficacia. A la hora de establecer una serie de elementos constitutivos de la definición de bien cultural se suelen dar dos de carácter básico y uno accesorio: el tiempo, su valor cultural y su valor económico. Las definiciones tratan de conjugar estos elementos, de tal manera que la precisión con que se determina qué es un bien cultural se suele realizar atendiendo a estos tres parámetros. Lo cual no obsta para que en la mayoría de normas sea uno de esos elementos el que prevalezca claramente sobre los demás. Es una

opción de política legislativa, que en la mayoría de supuestos depende de los otros dos puntos, su campo de aplicación y los intereses que estén en juego. Veamos estas apreciaciones en casos concretos.

II.1.1. La normativa supranacional

El Estado español, como sujeto de derecho internacional que es, ha ratificado variados **convenios en materia cultural** a los que está obligado. Ello, con independencia de las normas emanadas del ordenamiento jurídico europeo que son actualmente las que rigen todo nuestro régimen de exportaciones y tráfico intracomunitario. Dentro de este ámbito se pueden destacar dos definiciones de bienes culturales a los efectos de los citados convenios: la de los artículos 1 del Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmado en La Haya el 14 de mayo de 1954⁷, y la de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecho en París el 17 de noviembre de 1970⁸. En el primer caso solo se hace referencia al

⁷ “Artículo 1º. Definición de bienes culturales.— Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.

b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales definidos en el apartado a).

c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), que se denominarán ‘centros monumentales’”.

⁸ “Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

a) Las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, minerología, anatomía y los objetos de interés paleontológico.

b) Los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional.

c) El producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos.

elemento del interés cultural. La determinación se realiza bajo los términos de: “bienes (...) que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”, para, a continuación, concretar el adjetivo cultural con los de contenido artístico, histórico, arqueológico. Este criterio no es demasiado seguido en las normas supranacionales, fundamentalmente porque deja tal precisión al libre albedrío de los Estados parte, algo que choca frontalmente con los intereses políticos y económicos que suelen haber en juego. Imposibilitando la firma de estos acuerdos o relegándolos a una ineficacia operativa. Tal excepción se debe al carácter de esta Convención. Su función es la de salvaguardar y proteger el patrimonio cultural en caso de conflicto armado, de ahí, que se prefiera dar una definición lo más amplia posible para proteger los bienes culturales ante estas circunstancias que perjudican a todos.

Sin embargo, la Convención de París de 1970 obedece a otro fin muy distinto: la protección de los patrimonios culturales frente al expolio del mercado “negro”. Aquí sí que se enfrentan dos claras posiciones en torno al patrimonio cultural. A unos, los países de carácter importador, les interesa la mayor limitación posible de los mismos, así pueden adquirir más bienes de este tipo en el mercado legal, abriendo las posibilidades del ejercicio de este comercio. Para otros, los de carácter exportador, su interés es expandir lo más posible la lista de estos bienes, hasta incluso dejar en sus manos la determinación de cuáles tienen ese interés, para evitar la salida de su territorio de parte de su cultura como fuente de riqueza. Si tenemos en cuenta que los museos de las

d) Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico.

e) Antigüedades que tengan más de cien años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados.

f) El material etnológico.

g) Los bienes de interés artístico, tales como:

I) Cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano).

II) Producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material.

III) Grabados, estampas y litografías originales.

IV) Conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier material.

h) Manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones.

i) Sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones.

j) Archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos.

k) Objetos de mobiliario que tengan más de cien años e instrumentos de música antiguos”.

naciones importadoras están formados en gran medida con las piezas procedentes del tráfico ilícito de estos bienes, nos adentramos en la idea de a qué obedecen las definiciones. Aquí, a diferencia del convenio anterior, sí hay dos claros bloques de intereses en juego: los de los Estados que desean tener estos bienes y son económicamente poderosos, y los que ostentan estos bienes que suelen ser naciones económicamente débiles. Por ello dependiendo de la definición, se van a proteger unos intereses u otros, y lo que es más importante, si no se llega a una definición transaccional no servirá de nada, ya que se necesitan de los dos bloques para que sean eficaces estos acuerdos internacionales. Esta Convención recoge de forma muy exhaustiva a qué bienes se está refiriendo, tanto material como temporalmente. De ahí que junto al criterio del valor cultural añada el límite de cien años para alguna de las citadas categorías (apartados e) y k))⁹. Por ello, la característica de esta convención, y la de UNIDROIT, es que definen los bienes culturales atendiendo a una serie de categorías dotadas de valor cultural, matizadas con el elemento de temporalidad. Ejemplo que goza hoy de gran aceptación en materia supranacional, como veremos al referirnos a las normas comunitarias.

Las **normas comunitarias** se enmarcan dentro de los actuales artículos 30 y 151 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y optan por el criterio del valor cultural controlado por cada nación en concreto. En ellos solo se hace referencia al “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional” pero no se definen. Han sido el Reglamento (CEE), número 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales y la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, los que se han ocupado de determinar el contenido de los bienes culturales a los efectos de su aplicación. Su contenido no puede ser más exhaustivo al utilizar un doble criterio¹⁰: el del art.

⁹ Esta misma sistemática, y en casi idénticos términos se expresa el artículo 2 y el Anexo, del Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente. Roma, 24 de junio de 1995. Adhesión del Estado Español el 21 de mayo de 2002.

¹⁰ Baste citar el Art. 1 de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (modificada por Ley 18/1998, de 15 de junio):

“Artículo 1. Concepto de bien cultural.

1. Se considera bien cultural, a los efectos de la presente Ley, aquel que:

a) Esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea como “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”, con

36 del Tratado, los determinados por cada Estado como parte de su “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”, y el de enumeración, atendiendo a su categoría y valor económico. Tal aptitud es tan vasta que da la primera impresión de que cualquier creación humana va a poder ser un bien cultural siempre que alcance el límite económico establecido. Y ahí es donde se encuentra el contrapeso necesario, en su valor económico, ya que si no tal

arreglo a la legislación o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 del Tratado de la Comunidad Europea y

b) Se encuentre incluido en inventarios de instituciones eclesiásticas o forme parte de colecciones públicas, tal y como se definen en el apartado 2 de este mismo artículo, o que pertenezca a alguna de las categorías y alcance los valores que figuran a continuación:

A. Categorías.

1.ª Objetos arqueológicos, de más de cien años de antigüedad, procedentes de:

a) Excavaciones y descubrimientos terrestres y subacuáticos.

b) Emplazamientos arqueológicos.

c) Colecciones arqueológicas.

2.ª Elementos de más de cien años de antigüedad que formen parte de monumentos artísticos, históricos o religiosos y procedan de la desmembración de los mismos.

3.ª Cuadros y pinturas, distintos de los comprendidos en las categorías 3.ª.bis o 4.ª, hechos totalmente a mano sobre cualquier tipo de soporte y de cualquier material.

3.ª bis. Acuarelas, aguadas y pasteles hechos totalmente a mano, sobre cualquier tipo de soporte.

4.ª Mosaicos, distintos de los incluidos en las categorías 1.ª ó 2.ª, realizados totalmente a mano, de cualquier material, y dibujos hechos totalmente a mano sobre cualquier tipo de soporte y de cualquier material.

5.ª Grabados, estampas, serigrafías y litografías originales y las matrices respectivas, así como los carteles originales, que tengan más de cincuenta años de antigüedad y no pertenezcan a sus autores.

6.ª Obras originales de estatuaría o de escultura, distintas de las incluidas en la 1.ª categoría, y copias obtenidas por el mismo procedimiento que el original, que tengan más de cincuenta años de antigüedad y no pertenezcan a sus autores.

7.ª Fotografías, películas y sus negativos respectivos que tengan más de cincuenta años de antigüedad y no pertenezcan a sus autores.

8.ª Incunables y manuscritos, incluidos los mapas geográficos y las partituras musicales, sueltos o en colecciones, que tengan más de cincuenta años de antigüedad y no pertenezcan a sus autores.

9.ª Libros de más de cien años de antigüedad, sueltos o en colecciones.

10. Mapas impresos de más de doscientos años de antigüedad.

11. Archivos de todo tipo, cualquiera que sea su soporte, que incluyan elementos de más de cincuenta años de antigüedad.

12. a) Colecciones y especímenes procedentes de colecciones de zoología, botánica, mineralogía o anatomía.

b) Colecciones que tengan interés histórico, paleontológico, etnográfico o numismático.

13. Medios de transporte de más de setenta y cinco años de antigüedad.

14. Otras antigüedades de más de cincuenta años de antigüedad no comprendidas en las categorías anteriores.

exhaustividad sería inoperativa. Junto a ello también se emplea el criterio temporal, atendiendo a que tengan 100, 75 ó 50 años de antigüedad los citados bienes descritos (apartados 1.b.A.2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª). Por tanto, la normativa europea a la hora de definir los bienes culturales emplea los tres criterios señalados: valor cultural, valor económico y la antigüedad. Si bien el elemento primordial es el del valor cultural declarado por los Estados, proveniente del art. 36 del TCEE.

Los bienes culturales incluidos en estas categorías solo entrarán en el ámbito de aplicación de la presente Ley si su valor es igual o superior a los valores mínimos que figuran en el apartado B siguiente.

B. Valores.

Valores mínimos aplicables a las categorías incluidas en el apartado A (en ecus):

0 (cero).

-1.ª (objetos arqueológicos.)

-2.ª (desmembración de monumentos.)

-8.ª (incunables y manuscritos.)

-11. (archivos.)

15.000.

-4.ª (mosaicos y dibujos.)

-5.ª (grabados.)

-7.ª (fotografías.)

-10. (mapas impresos.)

30.000.

-3.ª bis (acuarelas, aguadas y pasteles.)

50.000.

-6.ª (estatuaria.)

-9.ª (libros.)

-12. (colecciones.)

-13. (medios de transporte.)

-14. (cualquier otro objeto.)

150.000.

-3.ª (cuadros.)

El cumplimiento de las condiciones relativas al valor económico deberá juzgarse en el momento de presentarse la demanda de restitución. El valor financiero será el del bien en España.

La fecha para la conversión en pesetas de los valores anteriormente expresados en ecus será el 1 de enero de 1993.

2. Se considerarán colecciones públicas las que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas, propiedad del Estado miembro, de sus entidades territoriales, o de organismos que tengan carácter público conforme a sus normas fundacionales”.

II.1.2. La normativa nacional

Dentro de nuestra normativa, tanto estatal como autonómica, no encontramos una definición de bienes culturales como las estudiadas anteriormente, con la excepción del artículo 26 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español¹¹. En vez de enumerar o matizar una serie de bienes, como acontece en las normas internacionales, se recoge una delimitación básica atendiendo a los valores histórico, artístico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico, técnico, documental, bibliográfico... Categorías encuadrables dentro del elemento constitutivo que venimos denominando como valor cultural. Y es que

¹¹ El artículo 26, para evitar la falta de control sobre los bienes que deben ser incluidos en el Inventario General, sigue una enumeración parecida a las vistas anteriormente basadas en los tres elementos: valor cultural, valor económico y tiempo. Se centra fundamentalmente atendiendo al contenido económico de estos bienes, algo similar a lo que ocurriría después en el Derecho comunitario, pero matizándolo a través del criterio cronológico para no entrar en conflicto con otras creaciones.

Dice lo siguiente el citado artículo:

"1. A los solos efectos de facilitar la elaboración del Inventario General, la obligación de comunicación que la Ley 16/1985 en su artículo 26.4 señala a los propietarios o poseedores y a las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, se circunscribe a los siguientes bienes:

a) Bienes que tengan incoado expediente para su inclusión en el Inventario General en tanto aquel no se resuelva.

b) Bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, cuyo valor económico sea igual o superior a las cantidades que a continuación se indican:

– Siete millones de pesetas cuando se trate de obras pictóricas y escultóricas con menos de cien años de antigüedad.

– Cinco millones de pesetas en el caso de obras pictóricas con más de cien años de antigüedad.

– Cuatro millones de pesetas cuando se trate de obras escultóricas, relieves o bajo relieves con más de cien años de antigüedad.

– Tres millones de pesetas en los casos de tapices, alfombras o tejidos históricos, grabados, colecciones de documentos en cualquier soporte, libros impresos e instrumentos musicales históricos.

– Dos millones de pesetas cuando se trate de mobiliario.

– Un millón de pesetas en los casos de objetos de cerámica, porcelana o cristal antiguos, documentos unitarios en cualquier soporte y libros manuscritos.

– Quinientas mil pesetas cuando se trate de objetos arqueológicos.

– Cien mil pesetas cuando se trate de objetos etnográficos.

c) Los que el Gobierno determine mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Cultura.

2. Las personas o entidades a que se refiere el apartado anterior comunicarán por escrito al órgano encargado de la protección del Patrimonio Histórico Español de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial radique el bien, la existencia de este antes de proceder a su transmisión a terceros haciendo constar, en su caso, el precio convenido".

además, las normas españolas no han optado por el término bien cultural, sino que su acento se pone en los términos patrimonio histórico o patrimonio cultural, siendo definiciones muy similares entre sí.

Lo que realmente caracteriza la delimitación de los bienes culturales en la normativa nacional es la jerarquización del valor cultural. Nuestro ordenamiento protege los bienes culturales y los define en atención “a su relevancia cultural”, graduando su régimen jurídico en atención a la calificación administrativa que le corresponda. Así la LPHE establece que los bienes del Patrimonio Histórico Español se dividen atendiendo a su relevancia cultural, de mayor a menor, en: 1º. Bienes de Interés Cultural; 2º. Bienes muebles del Inventario General y, 3º. Los demás bienes del Patrimonio Histórico Español. Lo mismo ocurre con la legislación autonómica, por ejemplo: la Ley de Patrimonio Cultural Vasco clasifica los bienes culturales en: Bienes Culturales Calificados (arts. 10 y ss.), y Bienes Inventariados (arts. 16 y ss.). La Ley de Patrimonio Cultural Catalán en Bienes de Interés Nacional (arts. 7 y ss.), Bienes Catalogados (arts. 15 y ss.), y los demás bienes del Patrimonio Cultural Catalán. La Ley de Patrimonio Cultural Gallego en Bienes de Interés Cultural (arts. 8 y ss.), Bienes Catalogados (arts. 17 y ss.) y los demás bienes del Inventario (arts. 22 y ss.). La Ley de Patrimonio Histórico Andalúz habla solo de los bienes incluidos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz (art. 6 y 1º y ss. del RPHA), y de los demás del Patrimonio Histórico Andalúz. La Ley de Patrimonio Cultural Valenciano los clasifica en Bienes Inventariados y No Inventariados, dentro de los cuales separa los Bienes de Interés Cultural Valenciano (art. 26 y ss.) y los demás bienes del Inventario (arts. 46 y ss.). O la Ley de Patrimonio Histórico de Madrid que para evitar la dispersión de nomenclaturas emplea los mismos términos que la LPHE, como expresa su Exposición de Motivos.

Con todo ello, lo que hay que dejar claro es que la categoría tipo es la superior en el rango jerárquico, en nuestro caso, lo que con mayor o menor medida se denominan bienes de interés cultural. Categoría sobre la que recae en su plenitud todo el régimen de limitaciones y medidas de fomento, que va a alterar sustancialmente el régimen jurídico de propiedad privada. Y a partir de la cual se configuran el resto de categorías. Se puede decir que el régimen de la propiedad sobre los bienes culturales en el ordenamiento español se realiza en cascada, siendo las últimas categorías un residuo de escasa eficacia debido a su imposible control. Sin embargo, este sistema de jerarquía se fundamenta

en que va a ser la Administración competente la que va a definir qué es un bien cultural y qué no, y su grado de relevancia cultural, no la norma, como ocurría en el ámbito supranacional. Esto motiva que sea una decisión discrecional la que delimite el contenido de la propiedad en torno a un bien, y no a una norma. Ello conlleva una importante carga de inseguridad jurídica en perjuicio del administrado, pero una mayor flexibilidad en la protección del patrimonio cultural español que se puede ir adaptando con el tiempo.

Pero entonces surge otra pregunta: el acto administrativo que declara un objeto como Bien de Interés Cultural o Bien del Inventario General, ¿tiene naturaleza constitutiva o declarativa? Las opiniones en este sentido han sido muy dispares pero actualmente parecen orientarse en el sentido declarativo. Y así lo estimo por los siguientes motivos:

- El valor cultural de los bienes es independiente de la declaración administrativa de interés cultural o de inventariarlo. La declaración es una constatación de que un bien tiene gran relevancia dentro del Patrimonio Histórico Español (art. 1.3º). Atribuirle valor fundacional a la decisión administrativa sería tanto como decir que es la Administración la que concede el calificativo de cultura a algo. La Administración solo viene a ratificar, con consecuencias jurídicas, la relevancia o interés que para la cultura española representa tal bien, nada más. Y así parece desprenderse de la propia normativa de Patrimonio Histórico o Cultural al regular el derecho-obligación de todos a proteger nuestros vestigios culturales (arts. 8º y 10 de la Ley de 1985). La Administración es consciente de que ella no tiene medios para conocer todos los ataques a estos bienes ni cuáles son todos los bienes que han de ser protegidos por su gran relevancia, luego tal relevancia es anterior al acto administrativo.
- Por la forma de actuar de la Administración. Si le otorgamos a este acto administrativo naturaleza constitutiva sería tanto como decir que es la Administración de cada momento y ámbito la que decidirá lo que es cultura. Dejando fuera todos aquellos bienes que la Administración no hubiera conocido de ellos. Desde luego inviable.
- La terminología empleada habla siempre de declaración, lo cual parece indicarnos de nuevo la intención del legislador.

III. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN EL DERECHO ESPAÑOL¹²

Se ha señalado, acertadamente, que la historia jurídica de lo que hoy denominados patrimonio histórico, cultural o artístico no va en paralelo a la historia del Arte¹³. De ahí que el interés del Derecho por el Arte, si bien encontramos manifestaciones en los comienzos del Renacimiento, no sea una labor continuada bien apreciable hasta el siglo XIX.

En la Edad Media no existe una regulación de los bienes culturales en sentido estricto. No hallamos ninguna referencia legal directa, sino que a la hora de tratar otras materias, patrimonio eclesiástico, patrimonio del monarca, obras públicas... se establecen determinadas medidas que redundan en beneficio de la conservación y protección de bienes artísticos.

Con lo que hoy denominamos Renacimiento y sobre todo, en nuestro caso, con la incorporación a la historia monárquica de España del gusto por el Arte, se produce la entrada en nuestra nación de obras artísticas y artistas provenientes de toda Europa para acrecentar las colecciones reales. Sin embargo no se produce un desarrollo correlativo en la legislación tuitiva de este tipo de bienes. Más parece ser que estos monarcas de los siglos XVI y XVII se preocuparon por sus colecciones privadas y el deleite personal, que por intentar crear una política de carácter cultural dirigida al pueblo. Efectivamente el Arte en aquella época, tal vez más que nunca, era una inquietud de las elites económicas y políticas del momento, e incluso ni de estas ya que la mayor parte de la nobleza que se asentó en la Corte con este tipo de inquietudes lo hizo con vocación meramente aduladora hacia el monarca¹⁴. El Arte en este entorno no

¹² No se va a analizar aquí nuestros hitos en la normativa del Patrimonio Histórico, artístico y cultural porque no es esa ni la intención ni el lugar. Aquí interesa más un análisis que haga especial hincapié en la evolución de la injerencia del legislador histórico en la propiedad privada en estos bienes, nada más. De ahí que remita a los estudios hechos en esta materia por Barrero Rodríguez, *op. cit.*, pp. 31-121, y Alegre Ávila, *op. cit.*, pp. 35-229.

¹³ García Fernández J., p. 39 del **Prólogo a la Legislación sobre Patrimonio Histórico**. Tecnos 1987.

¹⁴ Lo que se denomina como "la parentela" fue un grupo de nobles que para emular y lisonjear a Felipe IV se dedicó a la adquisición de obras de arte principalmente pictóricas. Así el Marqués de Leganés, el Conde de Monterrey, el Duque de Torres y sobre todo Don Luis de Haro, valido de dicho rey, que con las compras que hizo de la venta de los bienes del ejecutado Carlos I de Inglaterra se ganó gran parte de los favores del rey, a la vez que constituía su colección, aunque sus principales obras las regaló al monarca y de ahí que la mayoría hoy se encuentren en el Museo del Prado. Sin duda alguna Felipe IV se dedicó más al Arte que a la política, por ello la gente que le rodeaba se orientó más a esas mismas aficiones. Siendo a la vez la envidia de otras casas reales europeas como pasó con

era más que un reflejo de poder, no de cultura en la mayoría de los casos. La regulación jurídica en esta época sigue los mismos derroteros que la medieval, centrándose ahora con más importancia en los patrimonios eclesiásticos y reales como patrimonios privados. Hecho que no ocurrió en los Estados Pontificios ni en la República de Venecia de la época¹⁵.

En España hay que esperar al siglo XVIII para que, realmente, se afronte la idea de protección y difusión de las artes, dentro del Estado ilustrado. Así en 1752 se crea por el Rey Fernando VI la Academia de Nobles Artes, que posteriormente en 1773 se pasará a llamar Academia de Bellas Artes de San Fernando, con lo que ello implica en la historia normativa de nuestro patrimonio histórico, artístico y cultural. A la cual siguieron otras disposiciones en materia de policía urbanística, de excavaciones y de fomento a la cultura. De hecho hasta el fin de la I Guerra Mundial no hay un cambio radical en la concepción del Patrimonio artístico, el siglo XIX es heredero en gran parte del pensamiento ilustrado. En el siglo XVIII, por tanto, se establecen las bases de lo que será este ordenamiento hasta principios del siglo XX.

Es necesario señalar que en el siglo XIX, si bien es cierto que no se produce un cambio sustancial en el enfoque de la materia, sí que se da una variación en la mentalidad de los gobernantes de la época. Por un lado, se cambia la noción del coleccionismo, principalmente real, que pasa a tener una función de carácter educativo y social frente al disfrute individual de siglos anteriores. En esta época aparecen nuestros principales museos. Seguramente todo ello debido al nuevo concepto que se tiene sobre la educación¹⁶. Y por otro una creciente organiza-

Carlos I de Inglaterra tras su visita a España en 1623, o Leopoldo Guillermo de Austria y Mazarino de Francia. Si bien la inquietud artística al monarca español le venía de familia, de Carlos I y sobre todo de Felipe II.

Sobre todos estos temas ver Brown, J., **El Triunfo de la pintura**, Madrid, 1995. Un ameno y extraordinario estudio del coleccionismo en España durante esa época.

¹⁵ De especial interés en este tema la obra de Speroni, M., **La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari**, I. *L'età delle riforme*. Milano, 1988.

Baste señalar a modo de ejemplo que Pío II en sus *Bulas* de 1462 prohibió demoler, destruir o dañar los edificios antiguos públicos o sus restos, existentes en el subsuelo de Roma, incluso cuando se hallaran en propiedad privada. Siguiendo esta orientación y ampliándola otras Disposiciones Pontificias posteriores como la de Sixto IV en 1474, León X en 1515, Pablo III en 1534, Julio III en 1556... y así hasta la unificación italiana.

Son un hito legislativo impresionante en esta materia si tenemos en cuenta la época en la que se dieron.

¹⁶ Importante en este sentido fue la Ley de Instrucción pública o Ley Moyano de 9 de septiembre de 1857 que trató de integrar la política educativa y la de Bellas Artes. Articulando los medios de cooperación y jerarquía necesarios dentro de los órganos administrativos en esta materia.

ción administrativa en ciernes, que trata de dotar al patrimonio artístico de una estructura organizativa dentro de la Administración Estatal. Lo que a partir de este siglo se denominará la Administración de Bellas Artes, integrada en su historia en distintos Ministerios (Fomento, Instrucción Pública, Cultura...).

En lo que aquí más nos importa, el siglo XIX representa la preeminencia de la concepción de la propiedad privada. Se puede decir, con alguna excepción que ahora veremos, que todo el ordenamiento jurídico de este siglo presenta el límite de la propiedad privada. La dicotomía “propiedad pública/propiedad privada es la base del régimen de intervención administrativa en la protección activa de los bienes culturales”¹⁷. Pero en este extremo es necesario separar dentro de las propiedades no públicas dos apartados:

- a) Los bienes de la Iglesia en el siglo XIX, y en algunos casos con anterioridad, presentaban una naturaleza no demasiado bien definida. La confesionalidad del Estado hacía que por un lado convivieran normas de Derecho público y por otro de carácter privado. De ahí que de la lectura de las disposiciones normativas de dicho siglo se deduzca que las facultades de goce y disposición de la Iglesia Católica en estos bienes estuvieran francamente delimitadas. Aunque la eficacia de dichas normas parece que fue realmente escasa¹⁸.

Así la Ley V, Título II, Libro I de la Novísima Recopilación; la Real Cédula de 11 de enero de 1808, las Órdenes de 23 de junio y julio de 1851 o la del 10 de abril de 1866 son un claro ejemplo.

- b) En otro ámbito, en el de la propiedad privada en sentido estricto, impera el principio de que esta es inviolable, y por tanto la mayoría de las disposiciones en esta materia solo suelen afectar a los bienes de titularidad pública o eclesiástica dejando al margen las facultades o poderes del propietario que no se ven mermados por limitación o restricción en las mismas por mandato de la autoridad. Así, dichas disposiciones aparecen como una petición a los propietarios de las obras de arte de que actúen de tal o cual manera, dejándolo a su libre albedrío¹⁹.

¹⁷ García Fernández, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸ Así lo ha recogido Barrero Rodríguez, *op. cit.*, p. 42. Cuya concreción se matiza en la nota 11, con el rechazo que tuvo la Iglesia de dicho siglo y de esta a la intromisión en sus facultades.

¹⁹ Como ejemplo en la Ley III, Título XX, Libro VIII de la Novísima Recopilación se señala: “La Academia le quedará agradecida a los buenos patriotas que coadyuven a la ilustración de la patria por el medio de buscar, conservar y comunicarle los monumentos antiguos arriba nombrados, sin que por eso deje de satisfacer a los poseedores de las cosas halladas el tanto por ciento en que conviniere, quedando la conducción de ellos a cargo de la Academia”.

Pero hay dos excepciones: la Cédula de 28 de abril de 1837 que prohibía “extraer de la península para el extranjero y provincias de ultramar, pinturas, libros y manuscritos antiguos de autores españoles sin expresa Real Orden que lo autorice”. A pesar de esta aparente buena voluntad la Cédula carecía de mecanismos concretos para imponer tales limitaciones a los particulares, de ahí que se pueda afirmar que de esta norma no se derivaba una inmisión pública en el derecho de propiedad privada²⁰.

La segunda excepción la presentó la Real Orden de 1 de octubre de 1850, que introdujo la necesidad de autorización administrativa en determinadas obras: “las realizadas en fachadas, capillas y demás parajes abiertos al público”. Porque aunque los titulares privados de estas obras tienen “derecho a ejecutar cuanto les parezca conveniente en sus respectivas propiedades (...), los abusos contra las reglas del buen gusto redundan, más que en perjuicio de sus autores en descrédito de la nación que los consiente”²¹. Pero su alcance se vio afectado por otra Real Orden de 23 de junio de 1851 que solo hace extensible la necesidad de autorización de la Academia de San Fernando en edificios de propiedad privada abiertos al público²².

El hecho es que de ellas se derivan una injerencia en la propiedad privada, en pleno Estado Liberal, atendiendo a dos criterios determinados por la Academia de Bellas Artes: la apertura al público y la prohibición de ir contra las reglas del buen gusto que van en descrédito de la nación. Un concepto, el del buen gusto, cuanto menos curioso para determinar estos efectos jurídicos. Sin duda, el siglo XIX fue un mal siglo para la conservación de nuestro Patrimonio histórico, cultural y artístico. A esta falta de iniciativa normativa en la protección del mismo se unieron fenómenos de muy diversa índole como la gran cantidad de guerras que convulsionaron España, la desamortización y el nuevo concepto urbanístico de las ciudades que llevó a la destrucción de los centros históricos y sus recintos amurallados. En todos esos fenómenos que conllevaron la destrucción y pérdida de una parte ingente de nuestro patrimonio subyace una falta de cultura en la sociedad de la época a todos los niveles.

²⁰ En este sentido Barrero Rodríguez, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

²¹ Para Prieto de Pedro, *op. cit.*, p. 1555, hay aquí un “primer esbozo de la idea de la función social de la propiedad”.

²² “Para evitar que en los edificios y monumentos públicos especialmente sagrados, comprendidos en este número, aun los que sean de propiedad particular, con tal de que estén abiertos al público, se cometan abusos y desaciertos contra las reglas del buen gusto sometiendo también a autorización las actuaciones a realizar en el interior de iglesias o capillas abiertas al público”.

En el siglo XX el primer hito de fundamental relevancia en la protección del patrimonio lo constituye la Constitución española de 1931. Sus antecedentes inmediatos (las Leyes de Excavaciones, de 7 de julio de 1911 y la de Monumentos, de 4 de marzo de 1915) ya preconizaban una mayor relevancia a la protección jurídica de este tipo de bienes, si bien la mayoría de estas normas se referían a la organización administrativa y acusaban la enorme debilidad que implica la regulación de patrimonio histórico y artístico sin poder franquear el carácter absoluto e ilimitado de los derechos del propietario²³. Aunque no se puede negar que en ambas leyes hay una tímida penetración en la propiedad privada. Así la Ley de Excavaciones recoge las siguientes restricciones a los “actuales poseedores de antigüedades”:

- 1º. Inventariarlas.
- 2º. Satisfacer un impuesto, en caso de exportación, del 10 por 100.
- 3º. Se le concede al Estado siempre los derechos de tanteo y retracto en las ventas de estos bienes.
- 4º. En el caso de que por causa hereditaria tuvieran forzosamente que dividirse los hallazgos de un particular que constituyan una serie, cuyo valor se perjudicara notablemente al separarse, el Estado podrá adquirir la colección completa, previo pago de la cantidad en que fuere tasada (art. 8).
- 5º. Y también cambia el régimen jurídico de los hallazgos, ya que serán propiedad del Estado, desde la promulgación de la Ley, las antigüedades descubiertas casualmente en el subsuelo o encontradas al demoler antiguos edificios (art. 5).

La Constitución de 1931²⁴ en su art. 45 decía:

“Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación. El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico”.

²³ Así García de Enterría, E., “Consideraciones sobre una legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 39, 1983, p. 580.

²⁴ Un precedente ya lo encontramos en el Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926.

Como puede verse el cambio es más que sustancial. La sociedad tras la I Guerra Mundial, y más con la Crisis de 1929, tiene que dar por desterrado el modelo económico y social del Estado Liberal. Ahora la pasividad de la Administración tiene que transformarse en una mayor responsabilidad de actuación frente a los problemas sociales. Todo ello lleva implícita una nueva redimensión del derecho de propiedad privada que ahora tiene que presentarse no solo con una orientación individualista sino también social, de ahí que el propietario privado ya no sea un límite a la actuación pública sino un colaborador.

Junto a ello el Estado Social no puede desconocer la necesidad del fomento y apoyo a la cultura como una expresión de la libertad. De ahí que sean los textos constitucionales, como normas jurídicas superiores, los encargados de positivizar la inquietud del Estado hacia la conservación y protección del Patrimonio artístico de los pueblos. Con anterioridad a nuestra Constitución de 1931, la Constitución de Weimar en su art. 150 decía "Los monumentos del Arte, la Historia y la Naturaleza gozan de la protección y la asistencia del Estado. Al Reich corresponde impedir la emigración al extranjero del patrimonio artístico alemán". Y también la Constitución austríaca de 1920 atribuyó competencias en estas materias al Estado federal.

Del art. 45 de la Constitución de 1931 nació la Ley de 13 de mayo de 1933 que supuso la real incorporación del Estado social a la protección de nuestro Patrimonio Histórico-Artístico, y que incluyó en el ordenamiento jurídico español la necesidad de entender que la pervivencia de este Patrimonio es una tarea de todos: poderes públicos y personas particulares. De hecho, nuestra Ley actual del Patrimonio Histórico sigue la línea marcada por la Ley de 1933, y fue el antecedente de la italiana de 1939.

En torno a la Ley de 1933 se fue desarrollando una variada normativa referida a determinados aspectos que la Ley no recogía plenamente, o que no fueron derogados por la misma: continuó vigente la Ley y el Reglamento del régimen jurídico de las excavaciones arqueológicas (de 1911 y 1912 respectivamente) y se dictó su Reglamento en 1936. Sobre el catálogo monumental se aprobaron sendos Decretos en 1949 y 1941; Monumentos, Decreto de 1958; del comercio de estos bienes, Ley de 1931 y Decreto de 1969; y la Ley sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, de 1972. Ya en todas estas normas, como reflejo de la Ley de 1933, las trabas a la propiedad privada están presentes en atención a la sociabilidad de los bienes en los que se proyecta.

IV. EL MARCO JURÍDICO ACTUAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

Con este panorama tan disperso se presenta nuestra Constitución de 1978. Es cierto que una de las finalidades de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 fue luchar contra tal dispersión, pero tal intento ha resultado baldío debido, principalmente, al sistema de atribución de competencias determinado en nuestra Constitución y la interpretación que le dio la Sentencia 17/1991, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional. Baste un ejemplo, conforme a la compilación "*Legislación Básica, Patrimonio Artístico, Archivos y Museos*", editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, en julio de 1982, las disposiciones recogidas superan las 300. En la Compilación "*Normativa sobre el Patrimonio Histórico Cultural*" editada por la misma Secretaría en 1996, que solo recoge las normas sustanciales, aparecen 125. En la tercera edición de la mencionada Normativa que es de 2002 ya son 154, pero con la normativa autonómica de segundo grado hoy es fácil encontrar en España más de 400 disposiciones distintas²⁵, y el número va *in crescendo*.

IV.1. La normativa supranacional

En este ámbito la importancia del patrimonio cultural de las naciones se ha orientado hacia la necesidad de su respeto, como elemento intrínseco e identificativo de ellas. El mayor problema con el que se han encontrado las naciones es el de la salida ilícita de los bienes culturales de un territorio a otro, más cuando las naciones ricas en patrimonio cultural no lo son económicamente, pero sí a la inversa. Qué duda cabe que ante el tráfico ilícito de bienes, uno de los comercios ilegales internacionales más lucrativos, es fundamental la cooperación internacional. Siendo esta uno de los pocos métodos adecuados para conseguir la recuperación y restitución de los mismos una vez han salido del territorio de un país. Es cierto que de estos elementos normativos supranacionales derivan mayoritariamente obligaciones hacia los Estados, pero no es menos cierto que dichas obligaciones (limitar las transferencias de propiedad, establecer registros...), al final se convierten en cargas hacia los propietarios que son los que van a quedar sometidos a tal o cual medida adoptada por el Estado firmante al que pertenecen. De ahí que en esta primera parte, especial-

²⁵ Así casi aparecen en la Compilación hecha por Tecnos, preparada por García Fernández en 1987. Edición que 13 años después va a ser de nuevo editada casi *ex novo*.

mente enumerativa, y luego al tratar de las limitaciones en sí, sea necesario hacer referencia a este orden supranacional del cual formamos parte.

IV.1.1. La UNESCO

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura fue creada el 26 de noviembre de 1945 como agencia especializada de la ONU. "Contribuyendo a la defensa y al progreso del saber: asegurando la conservación y la protección del patrimonio universal, constituido por los libros, las obras de arte y los monumentos de interés histórico o científico, así como recomendando a los pueblos interesados la conclusión de los convenios internaciones indispensables"²⁶.

Este último aspecto es el que más interesa, no podemos olvidar la ingente labor de la UNESCO en el campo científico y doctrinal²⁷.

Dentro del plano estrictamente normativo hay que destacar cuatro convenios ratificados por España:

- 1º. Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado, firmado en La Haya el 14 de mayo de 1954, ratificado por instru-

²⁶ Art. 1.2.b) del Convenio Constitutivo, aprobado en la Conferencia de Londres de 16 de noviembre de 1945.

²⁷ Dentro de su estructura orgánica se constituye el Comité del Patrimonio Mundial, que a su vez se articula a través del Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (ICCROM) del Consejo Internacional de los Monumentos y Sitios (ICOMOS), y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN).

El segundo de estos órganos, ICOMOS, viene realizando una función muy importante en el plano jurídico a través de las Cartas, en las cuales se incluyen las *Directrices que deben seguir*, con carácter voluntario, los países miembros en torno a la protección de los Monumentos y Sitios. Consisten en recomendaciones realizadas por expertos mundiales en este tipo de materias que normalmente deben ser tenidas en cuenta por los países a la hora de regular estas materias, no por una vinculación jurídica con este Consejo sino por el "peso" científico de las opiniones que en ellas se recogen. Entre dichas Cartas cabe citar: la Carta de Venecia (adoptada en 1965) sobre la Conservación y la Restauración de Monumentos y de Conjuntos Histórico-Artísticos; la Carta de Turismo Cultural (adoptada en 1976 en Bruselas); la Carta de Florencia de Jardines Históricos (diciembre 1982); la Carta Internacional para la Conservación de Poblaciones y Áreas Urbanas Históricas (complementaria de la de Venecia, se adoptó en octubre de 1987); la Carta Internacional para la Gestión del Patrimonio Arqueológico (1990); Carta Internacional para la Protección y la Gestión del Patrimonio Cultural Subacuático (Sofía 1996).

Actualmente se encuentra en fase de discusión nacional la Carta del Patrimonio Vernáculo Construido que será sometida a aprobación en la XI Asamblea General de ICOMOS, México 1999.

Para más información del contenido de dichas Cartas, política de actuación, funciones... lo mejor es acudir a los sitios web: <http://www.icomos.org>.

mento de 9 de junio de 1960 (B.O.E. número 282, de 24 de noviembre de 1960).

- 2º. Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecha en París el 17 de noviembre de 1970, ratificada por instrumento de 13 de diciembre de 1985 (B.O.E. número 31, de 5 de febrero de 1986).
- 3º. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural, realizada en París el 23 de noviembre de 1972, aceptada por instrumento de 18 de marzo de 1982 (B.O.E. número 156, de 1 de julio de 1982)²⁸.
- 4º. Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001 (pendiente de ratificación por el Estado español).

IV.1.2. El Consejo de Europa

Dentro de los trabajos del Consejo de Europa nos encontramos con importantes aportaciones al mundo europeo del patrimonio cultural. Es a partir de 1963 cuando en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una propuesta de la Comisión Cultural, se apela a la necesidad del ejercicio de acciones concretas para conseguir la salvaguardia del patrimonio arquitectónico europeo. Desde esta fecha el Consejo de Europa ha desarrollado una importantísima labor en este campo a través de Convenios, Resoluciones y Recomendaciones.

En el plano normativo aquí interesa señalar la existencia de dos acuerdos (los únicos vinculantes para España):

- 1º. Convenio europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico, hecho en Londres el 6 de mayo de 1969. Instrumento de adhesión de 18 de febrero de 1975 (B.O.E. número 160, de 5 de julio de 1975).

²⁸ Sus textos como los de todas las normas a las que me refiero aparecen en la compilación de Tecnos de **Legislación sobre Patrimonio Histórico** (1987), y más actualizado el volumen **Normativa sobre el Patrimonio Histórico Cultural** realizada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, en la **Colección Análisis y Documentos** (ediciones de 1996 y 1999). También un mayor desarrollo doctrinal del tema internacional en: Alegre Ávila, J.M., **Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico**, Madrid, 1994, pp. 229-250.

2º. Convención europea para la salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa, hecho en Granada el 3 de octubre de 1985. Ratificado por instrumento de 27 de abril de 1989 (B.O.E. de 30 de junio de 1989).

Existen otros instrumentos importantes, pero que no han sido todavía ratificados por España como²⁹:

- La Convención europea sobre infracciones en materia de bienes culturales, firmado en Delfos el 23 de junio de 1985.
- La Convención europea para la protección del patrimonio arqueológico, firmada en La Valeta el 16 de enero de 1992.
- Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000.

IV.1.3. *La Unión Europea*

La labor de la hoy Unión Europea no ha sido tan prolífica en este tema como la de las dos Organizaciones Internacionales antes vistas. Y es una pena que no haya sido así, ya que la capacidad coercitiva de nuestra Unión Europea y los medios que posee son mucho mayores, siendo su efectividad a la hora de proteger y enriquecer el Patrimonio Cultural europeo mucho mayor. Aun así, parece que se va despertando de dicho letargo y ha dictado algunas disposiciones tendentes a regular la exportación de los bienes culturales “fuera del territorio aduanero de la Comunidad”³⁰, y a la restitución de dichos bienes que hayan salido ilegalmente, entre los países miembros.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, señala dentro de sus acciones para alcanzar los fines del art. 2º la “contribución a una enseñanza y a una formación de calidad así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros” (art. 3º. p)). Por otro lado, el art. 36 recoge una serie de excepciones materiales a la prohibición entre los Estados miembros de imponer al resto restricciones cuantitativas a la exportación e importación o

²⁹ La verdad que todos los documentos dimanantes del Comité de Ministros del Consejo de Europa, tanto en esta materia como en otras, tienen especial relevancia ya que independientemente de que con posterioridad se plasmen en un texto de carácter vinculante van a servir para orientar las políticas internas de los países miembros porque son los propios Ministros nacionales los que toman una u otra decisión. De ahí que el espíritu de muchas de sus decisiones inspiren nuestras leyes y reglamentos.

³⁰ Art. 2.1. del Reglamento 3911/92 del Consejo.

medidas de efecto equivalente, entre las que se encuentran las referentes a la "protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional"³¹.

Y el art. 128, introducido por el art. G-D, 37 del Tratado de la Unión Europea, recoge la acción de la Unión Europea en el plano de la cultura, especialmente en el patrimonio cultural³².

En el marco del art. 36, y motivado por la supresión de barreras aduaneras entre países miembros a partir de 1993, se han aprobado con poder normativo los siguientes instrumentos:

- 1º. Reglamento (CEE), número 3911/92 del consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales.
- 2º. Reglamento (CEE), número 752/93 de la Comisión, de 30 de marzo de 1993, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) número 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992.

³¹ Art. 36 Tratado de la Comunidad Europea:

"Las disposiciones de los artículos 30 al 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros".

³² Art. 128 Tratado de la Comunidad Europea (TCE):

"1.- La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común.

2.- La acción de la Comunidad favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de estos en los siguientes ámbitos:

- la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos;

- la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea;

- los intercambios culturales no comerciales;

- la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual.

3.- La Comunidad y los Estados miembros fomentarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, especialmente con el Consejo de Europa.

4.- La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado.

5.- Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo, el Consejo adoptará:

- por unanimidad, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 189 B y previa consulta al Comité de las Regiones, medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. El Consejo se pronuncia por unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 189 B.

- por unanimidad, a propuesta de la Comisión, recomendaciones".

Ambos se refieren exclusivamente a la exportación de bienes culturales fuera del territorio aduanero de la Comunidad.

- 3º. Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea. Incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 36/1994 de 23 de diciembre.

Como puede verse es una regulación extremadamente parca y motivada por un problema inminente.

Por un lado, los Reglamentos solo fijan la uniformidad del formulario de la autorización a la exportación que ha de regir en los países miembros y quiénes son las autoridades competentes de cada nación (que deberán ser comunicadas por cada Estado a la Comisión, sin fijar un plazo para ello). Por otro, la Directiva tampoco es lo que se debería esperar de un conjunto de Estados que algún día no muy lejano van a ser una nación común. A mi juicio, el principal error de la misma es el ámbito de aplicación temporal (Disposición Transitoria Única). Solo será aplicable a las salidas ilegales del territorio de los Estados miembros producidas a partir del 1 de enero de 1993. Con esto, todos los despojos producidos con anterioridad, parece que gracias a esta Directiva gozan ya de un *statu quo* y son por tanto irrevindicables por los países de origen de los que salieron ilegalmente. Aunque si no se hubiera realizado así probablemente no se hubiera llegado a ningún acuerdo.

También llama la atención que a la fecha de hoy, a pesar de las iniciativas habidas, no existe una armonización fiscal en materia de inversión privada en actividades culturales o mecenazgo, que sin duda alguna llevaría a una mayor intervención del capital privado en las actividades de protección y desarrollo del Patrimonio artístico.

IV.1.4. UNIDROIT³³

No puedo finalizar la referencia a nuestro ordenamiento jurídico internacional sin hacer una reseña al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales

³³ Además de los textos españoles básicos de: Díez de Velasco, M., **Instituciones de Derecho Internacional Público**, volumen II, Madrid, 1997, y Pastor Ridruejo, J., **Curso de Derecho Internacional Público y de Organizaciones Internacionales**, Madrid, 1998, es muy útil la presencia que distintas universidades americanas y europeas, así como estas Organizaciones Internacionales tienen en el World Wide Web. No solo son fuentes importantes por las contribuciones doctrinales que hacen

robados o exportados ilegalmente, celebrado en Roma el 24 de junio de 1995. Este Convenio nace con un claro objetivo:

“to contribute effectively to the fight against illicit trade in cultural objects by taking the important step of establishing common, minimal legal rules for the restitution and return of cultural objects between Contracting States, with the objective of improving the preservation and protection of the cultural heritage into the interest of all”³⁴.

Tiene un doble ámbito de aplicación; entender de las reclamaciones para:

- 1º. la restitución de los bienes culturales robados.
- 2º. el retorno de los bienes culturales exportados ilegalmente del territorio de un Estado parte del Convenio, conforme a sus normas de exportación (art.1).

Establece en torno a estos dos motivos diferencias procesales importantes, ya que en cuanto al primero está legitimado activamente para reclamar al país donde se encuentre el bien robado el sujeto privado o público titular del bien (así parece deducirse del término “*claimant*”, en la versión inglesa, en relación con el art. 3), mientras que en los bienes culturales ilegalmente exportados solo lo está el “*Contracting State*”.

La figura del poseedor aparece paralelamente regulada en ambos casos, prestando especial atención a que:

- a) Tiene el deber de devolverla (art. 3.1), salvo excepciones (art. 6.3).
- b) Tiene derecho al pago de una compensación justa y razonable (arts. 4.1 y 6.1).
- c) Tiene el deber de demostrar que “ni conoció ni debería razonablemente tener conocimiento de que el objeto había sido robado o ilegalmente exportado”³⁵. Por tanto, la carga de la prueba de la buena fe en la posesión

determinados autores, sino sobre todo por la actualización temporal de sus contenidos. De ahí que encontrar los textos de los últimos Convenios, reuniones científicas o textos legales internacionales solo sea posible por este medio. Así UNIDROIT: <http://www.itl.iuv.uit.no/trade-law/papers/unidroit.html> y el último Convenio de UNIDROIT en el servidor de ICOMOS y en <http://www.tufts.edu/departments/fletcher/multi/texts/uni-cultural-obj.txt>. y el comentario al mismo en <http://www.city.ac.uk/artspol/schneider.html> realizado por Marina Schneider, Research Officer, Unidroit, Roma.

³⁴ Los idiomas oficiales del Convenio son el inglés y el francés.

³⁵ Art.4.1: “The possessor of a stolen cultural object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object”.

del bien se invierte respecto a nuestro 464 Cc., es el que se beneficia de la presunción el que tiene que demostrarla, determinándose elementos valorativos para el Tribunal o para la autoridad competente para que decida si realmente es así (que será la del país en que se encuentre el bien. Teniendo que estar ambos Estados vinculados por este Convenio (art.4)).

Eso sí, se aplicará solo a Estados vinculados por el Convenio desde la entrada en vigor de este: por un lado al país del cual se robó o se exportó ilícitamente, y por otro, al país donde se encuentra el bien. No se aplicará a los robos, o exportaciones ilegales acaecidas con anterioridad.

Señalar también el gran conjunto de bienes sobre los que se aplica, determinados por dos requisitos:

- 1º) Aquellos bienes de importancia para la arqueología, prehistoria, historia, literatura, arte o ciencia, independientemente de su finalidad religiosa o secular.
- 2º) Que figuren en el Anexo del Convenio (una amplia relación de objetos de muy distinta índole).

Por tanto, este Convenio, incluye un derecho de defensa efectiva de los propietarios privados de los bienes, que les han sido robados, de esta naturaleza para que se les restituyan.

IV.2. La normativa nacional

IV.2.1. La Constitución de 1978

Con el antecedente del art. 45 de la Constitución de 1931, es una constante, de las Constituciones europeas vigentes, la preocupación por la cultura y por la conservación del patrimonio cultural.

Así el Instrumento de Gobierno de Finlandia, de 17 de julio de 1919, en su art. 78 expresa la obligación del Estado en la promoción de la cultura; el art. 10.13 de la Ley Constitucional Federal de Austria, texto de 1929, atribuye competencia federal sobre la legislación y la ejecución en materia de servicio científico y técnico de archivos y bibliotecas, materias referentes a las colecciones e instituciones artísticas y científicas de la Federación; teatros federales, excepto lo relativo a su construcción, así como la protección de los monumentos. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 solo hace referencia como objeto de la legislación concurrente entre la Federación y los Länder en su art. 74.5: "La defensa del

patrimonio cultural alemán contra la emigración al extranjero”. Mayor tratamiento ha recibido el patrimonio histórico, artístico y científico en las Constituciones de Italia (27 de diciembre de 1947), Grecia (9 de junio 1975), Portugal (2 de abril de 1976) y España (27 de diciembre de 1978)³⁶.

En Italia la base se encuentra en el art. 9:

“La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica.

Salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación”.

Es el eje en torno al cual giran los diversos planos de la Constitución cultural³⁷, y en torno al que se ha desarrollado la importantísima doctrina italiana sobre estos bienes que se estudiará más adelante.

La Constitución griega regula esta materia de forma especial. Por un lado, el art.16 recoge en su apartado 1 la libertad, el desarrollo y la promoción de la cultura³⁸, y el 2 y siguientes, la instrucción del pueblo griego. Por otro, el art. 24 regula todo lo referente a la obligación del Estado de proteger el ambiente natural y cultural. Dentro de ello se encuentran los bosques y espacios forestales (24.1.II), el urbanismo (24.2-5) y los monumentos, lugares históricos y sus elementos (24.6), señalando al finalizar el último apartado, el 24.6, “La Ley establecerá las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para hacer efectiva esta protección, así como las modalidades y la naturaleza de la indemnización a los propietarios afectados”. Así que prevalece la protección sobre la propiedad privada, pero con la intención de fijar una indemnización por los perjuicios causados en los propietarios.

Por último, la Constitución portuguesa de 1976 cita el patrimonio cultural como objeto de la misma en tres ocasiones:

- a) Dentro de las misiones fundamentales del Estado se encuentra “Proteger y valorizar el patrimonio cultural del pueblo portugués, defender la naturaleza y el medio ambiente, preservar los recursos naturales y asegurar una correcta utilización del territorio” (art. 9.e)).

³⁶ Los textos aquí estudiados se pueden consultar en **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. Rubio Llorente, F., y Daranas Peláez, M., 1ª edic., Barcelona, 1997.

³⁷ Rolla, G., “Bienes culturales y Constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 2. Enero-abril 1989, p. 163 (traducción de Emilio Calderón Martín).

³⁸ Art.16.1: “Son libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza, y su desarrollo y promoción constituyen obligación del Estado. La libertad universitaria y la libertad de enseñanza no dispensarán, sin embargo, del deber de obediencia a la Constitución”.

- b) “Todos tienen derecho a la educación y a la cultura” (art. 73.1), siendo una obligación del Estado la “democratización de la cultura” (art. 73.3)³⁹.
- c) El art. 78 se encarga de recalcar la vinculación de todos, Estado y particulares, en contribuir a la salvaguarda del patrimonio cultural, creando una obligación directa en este sentido hacia la totalidad de la sociedad portuguesa: “Todos tendrán derecho al goce y a la creación culturales, así como el deber de preservar, defender y promover el patrimonio cultural”.

Enumerando a continuación acciones que debe realizar el Estado, en colaboración con todos los agentes culturales, tendentes al acceso de todos los ciudadanos a la cultura y a los bienes que la representan⁴⁰.

La Constitución española, cronológicamente, es la más moderna de los países de la Unión Europea. El artículo dedicado al patrimonio histórico, cultural y artístico es el 46 que dice:

“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

Lo más novedoso es el carácter dinámico y positivo⁴¹ del precepto que se incorpora en nuestra historia constitucional con el “promoverán el enriquecimiento”. Ya no va a ser solo una protección y conservación de lo pasado, sino

³⁹ Art.73.3: “El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos al goce y a la creación cultural, en colaboración con los órganos de comunicación social, las asociaciones y fundaciones de fines culturales, las colectividades de cultura y recreo, las asociaciones de defensa del patrimonio cultural, las organizaciones de vecinos y otros agentes culturales.

⁴⁰ Art.78.2: “Corresponde al Estado, en colaboración con todos los agentes culturales:

a) Estimular y asegurar el acceso de todos los ciudadanos, especialmente de los trabajadores, a los medios e instrumentos de acción cultural, así como corregir las disparidades existentes en el país en este campo.

b) Apoyar las iniciativas que estimulen la creación individual y colectiva, en sus múltiples formas y expresiones, y de una mayor circulación de las obras y de los bienes culturales de calidad.

c) Promover la salvaguardia y la promoción del patrimonio cultural, haciendo de él un elemento vivificador de la identidad cultural común.

d) Desarrollar las relaciones culturales con todos los pueblos, especialmente los de habla portuguesa, y asegurar la defensa y la promoción de la cultura portuguesa en el extranjero.

e) Articular la política cultural y las demás políticas sectoriales.

⁴¹ Pérez Luño, A.E., “Artículo 46”, en **Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978**. Dirigidos por O. Alzaga, Madrid, 1984.

que el legislador constitucional mira al futuro, haciendo de nuestro patrimonio histórico, cultural y artístico un elemento identificativo de la nación española, de las generaciones pasadas, presentes y futuras. El patrimonio cultural se concibe como algo vivo, que está en constante evolución, y que debe ser garantizado por los poderes públicos.

Últimamente este artículo suele incardinarse conjuntamente con el 44 y el 45. Sin duda alguna el art. 46 es complementario del art. 44, o como se ha señalado instrumental⁴². Instrumental en un doble sentido, ya que por un lado la cultura, y más en concreto el acceso y la participación en ella, es un instrumento para alcanzar la libertad, para lograr en el individuo un correcto desarrollo de su personalidad (art. 9 CE); y a su vez, el conocimiento y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico es un instrumento al servicio de la cultura⁴³. Sin embargo, no parece tan clara la relación con el art. 45⁴⁴. También, es cierto que la belleza de los núcleos urbanos va muy relacionada con la conservación de sus edificios históricos y con la correcta utilización de los residuos que genera, y que ambos aspectos forman parte de lo que denominamos medio ambiente. Pero no es menos cierto que en un concepto

⁴² Así lo recoge, en mi opinión con total acierto, entre otros G.C. Rolla: "La obligación constitucional de tutelar el patrimonio histórico y artístico no es un fin en sí misma, sino que está encaminada instrumentalmente a conseguir el objetivo sancionado por el primer apartado del art. 9 de la Constitución: promover el desarrollo de la cultura", *op. cit.*, p. 165.

E igualmente M.R. Alonso Ibáñez, **El Patrimonio histórico español. Destino público y valor cultural**, Madrid 1992: "Para un ordenamiento que se propone el perfeccionamiento de la personalidad de todos los ciudadanos, los valores relativos a la conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico, se colocan manifiestamente como instrumentales, son el medio para el fin. Pero no solo con relación al desarrollo de la personalidad del individuo, sino en definitiva, con relación a la Cultura en cuanto presupuesto del Estado social y democrático de Derecho", p. 57.

⁴³ Art.44 CE:

"1.- Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.

2.- Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general".

⁴⁴ Art.45:

"1.- Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2.- Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva".

3.- Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

general del medio ambiente no forman parte los cuadros del Museo del Prado o las piezas humanas del yacimiento arqueológico de Atapuerca, que sí son parte importantísima y emblemática de nuestro patrimonio histórico, cultural y artístico. El problema está en qué se entiende por medio ambiente, o mejor, qué entiende cada uno por medio ambiente. Si se defiende un concepto amplio de medio ambiente, significará todo aquello que condiciona la existencia exterior del individuo, íntimamente relacionado con el concepto calidad de vida, y en ello hay que incluir el patrimonio cultural. Pero también hay que incluir las relaciones sociales, el trabajo, o el número de medios de transporte, asistencia sanitaria o medios de comunicación con los que cuenta. No creo que sea este el concepto que el ordenamiento jurídico tenga de medio ambiente.

La dialéctica se plantea en nuestro país con la introducción de las ideas de la doctrina italiana en este campo, encabezadas por Giannini⁴⁵, y el posterior estudio metodológico conjunto de ambas disciplinas⁴⁶ y el auge de las mismas, tanto a nivel administrativo, al constituirse conjuntamente el Ministerio de Bienes Culturales y Ambientales en Italia, como internacional, así la Comunidad Económica Europea los trató conjuntamente en su Tercer Programa de Actuación. Esta doctrina defiende que los “bienes culturales” forman parte de los “bienes ambientales”, presentando un régimen jurídico unitario a pesar de su regulación legal diferente⁴⁷. Si bien en nuestra doctrina la opinión está bastante dividida, de hecho tampoco hoy ya es una idea unificada en el país transalpino⁴⁸.

Yo comparto la importancia de la interrelación entre ambas disciplinas. La conservación y protección del patrimonio cultural urbano (iglesias, palacios, centro históricos...) tiene que venir precedido de una adecuada política medio-ambiental destinada a adecuar las consecuencias de la incardinación de los bienes culturales en estos lugares. Y de la importancia del patrimonio históri-

⁴⁵ Para Giannini el término “ambiente” jurídicamente significa tres cosas: “1) l’ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento de idee relativi al paesaggio; 2) l’ambiente a cui fanno riferimento alla difesa del suolo, dell’aria, dell’acqua; 3) l’ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli studi dell’urbanistica”, en “Ambiente: Saggio sudiversi suoi aspetti giuridici”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973.

⁴⁶ Ej: La obra clásica de Alibrandi, T., y Ferri, P., **I beni culturali e ambientali**, Milán, 1985.

⁴⁷ Así se explica en Italia conforme a la Ley 1497/1939 “per i beni ambientali” y la 1089/1939 “per le cose d’arte”.

⁴⁸ Se encuentran a favor, entre otros, Pérez Luño, *op. cit.*, pp. 302-303, Barrero Rodríguez, *op. cit.*, pp. 181-194, Pérez Moreno, p. 1628 y en contra de la asimilación Martín Mateo, Alonso Ibáñez, Orozco Pardo. En Italia Caruso, M.A., señala que ambas disciplinas no son asimilables, entre otras razones, porque en los bienes ambientales se limita la facultad de uso, no la de enajenación.

co, cultural y artístico de naturaleza inmueble para conseguir un “medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”.

Pero de ahí a decir que el patrimonio histórico-artístico sea un sector del medio ambiente creo que dista bastante, tanto social como jurídicamente. De hecho nuestro legislador es reflejo de ello, y el medio ambiente aparece concebido más como las relaciones entre el hombre y la naturaleza. Tendente la normativa a paliar los desastrosos efectos de la configuración de la naturaleza por el hombre, protegiendo y preservando a esta de la acción de la especie humana, para que también puedan disfrutarlo las generaciones futuras. Ahí radica la mayor similitud entre los bienes de patrimonio histórico, cultural y artístico y los bienes naturales o ambientales, en que ambos son escasos y se deben salvaguardar y enriquecer para las generaciones futuras. Pero la distinta especie de bienes de que se trata hace que su régimen jurídico difiera en muchos aspectos.

Otras concordancias entre este precepto y el resto del texto constitucional necesarias para entender su verdadero alcance son⁴⁹:

- a) En cuanto al “pleno desarrollo de la personalidad”: arts. 9.2; 10.1; 20.1.b; 27.2 y 44.
- b) En cuanto al “desarrollo cualitativo del sistema económico constitucional”: arts. 33; 45; 51; 128.1; 129.1; 131.1 y 132.
- c) En cuanto para “preservar e impulsar la identidad histórica, artística y cultural de la nación española y de los pueblos que la integran”: el Preámbulo, el 3.3 y dentro de la distribución de competencias del 148 y 149.

IV.2.2. El ordenamiento estatal

Sin hacer mención a las normas en materia tributaria referentes a los beneficios fiscales sobre esta materia, las normas básicas reguladoras del patrimonio histórico y de los bienes que lo representan son:

- 1º. Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. En sus artículos 2 y 25.
- 2º. Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español. La norma básica en todo este sistema, que ha sido desarrollada parcialmente por el

⁴⁹ Y en esto sigo brevemente el esquema trazado por Pérez Luño, *op. cit.*, pp. 302-305.

Real Decreto 111/986, de 10 de enero (modificado a su vez por Real Decreto 64/1994, de 21 de enero), y el Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre (de desarrollo de la Disposición adicional novena) sobre garantía del Estado para obras de interés cultural.

- 3º. Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo. Modificada por la Ley 18/1998, de 15 de junio.

Todas ellas giran en torno a la Ley de Patrimonio Histórico señalada en el segundo apartado. Sin embargo, el problema de tal Ley es que solo va a funcionar como norma subsidiaria en defecto de Ley autonómica que regule esta materia. En la actualidad 14 de las 17 Comunidades Autónomas tienen una Ley de Patrimonio Cultural o Histórico (atendiendo a la distinta terminología empleada por los legisladores autonómicos) aunque todas toman de base la norma de 1985.

IV.2.3. Los ordenamientos autonómicos

Todas las Comunidades Autónomas, además de Ceuta y Melilla, tienen atribuidas la competencia en materia de lo que se podría aglutinar como patrimonio cultural⁵⁰, ya que si bien muchas de ellas especifican patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico, la denominación del mismo es variadísima.

El problema surgió a la hora de determinar que validez tenía la Ley 16/1985 del Estado en esta materia y si no invadía competencias de las Comunidades Autónomas. Esto se resolvió con la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero. La sentencia, además de no abordar el problema en toda su extensión, la declara constitucional en su totalidad interpretando los artículos 2.3; 9.1, 9.2, párrafo final del 9.5, Disposición Transitoria Sexta, 1 y 49.5º conforme a los fundamentos jurídicos dados en la sentencia.

⁵⁰ Por orden cronológico art. 10.19 Estatuto de Autonomía (EA) para el País Vasco; art. 9.5 EA. de Cataluña; EA. para Galicia art. 27.18; EA. para Andalucía, art. 13.27; art. 10.11) EA. para Asturias; art. 22.14 EA. para Cantabria; art. 8.14) EA. de La Rioja; art. 10.11) EA. para la Región de Murcia; art. 31.5 EA. de la Comunidad Valenciana; art. 36. g) EA. de Aragón; art. 31.m) EA. de Castilla-La Mancha; art. 29.9 EA. de Canarias; art. 44.9 de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; art. 7.13) EA. de Extremadura; art. 10.20 EA. para las Islas Baleares; art. 26.14 EA. de Madrid; art. 26.13 EA. de Castilla-León; art. 21.15 EA. Ceuta y art. 21.14 EA. de Melilla.

En resumen, se puede decir que el Estado únicamente tiene competencia para la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación (y las medidas que contribuyan a ello), todo lo demás es competencia de las Comunidades Autónomas. Independientemente de la competencia concurrente en materia de cultura y de la exclusiva del 149.1.1º, en cuya misión se dictó la Ley 16/1985.

Así se pueden reseñar como más relevantes en esta materia:

- Ley de Patrimonio Histórico de Castilla - La Mancha (Ley 4/1990, de 30 de mayo).
- Ley de Patrimonio Cultural Vasco (Ley 7/1990, de 3 de julio).
- Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía (Ley 1/1991, de 3 de julio).
- Ley de Patrimonio Cultural Catalán (Ley 9/1993, de 30 de septiembre).
- Ley del Patrimonio Cultural de Galicia (Ley 8/1995, de 30 de octubre).
- Ley del Patrimonio Cultural Valenciano (Ley 4/1998, de 11 de junio).
- Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (Ley 10/1998, de 9 de julio).
- Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria (Ley 11/1998, de 13 de octubre).
- Ley del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares (Ley 12/1998, de 21 de diciembre).
- Ley de Patrimonio Cultural Aragonés (Ley 3/1999, de 3 de marzo).
- Ley de Patrimonio Histórico de Canarias (Ley 4/1999, de 15 de marzo).
- Ley de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (Ley 2/1999, de 29 de marzo).
- Ley de Patrimonio Cultural del Principado de Asturias (Ley 1/2001, de 6 de marzo).
- Ley de Patrimonio Cultural de Castilla y León (Ley 12/2002, de 11 de julio).

Como puede verse, una auténtica batería de normas que en los próximos años tendrán que demostrar si realmente todo este cúmulo de Derecho positivo cumple la finalidad de preservar, proteger y enriquecer nuestro patrimonio histórico.