

7. PRESUPUESTOS JURIDICO-CONSTITUCIONALES DE LA LEGISLACION SOBRE PATRIMONIO HISTORICO*

JAVIER GARCIA FERNANDEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Estas páginas constituyen el Prólogo a la edición de *Legislación sobre Patrimonio Histórico*, que he preparado para la Biblioteca Textos Legales, de la Editorial Tecnos, de inminente publicación. Quiero agradecer a la Editorial Tecnos y a su gerente, don Alejandro Sierra, la amable autorización para reproducir este texto.

7. PRESUPUESTOS JURIDICO-CONSTITUCIONALES DE LA LEGISLACION SOBRE PATRIMONIO HISTORICO

POR

JAVIER GARCIA FERNANDEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional

1. EL ARTE Y EL DERECHO

En contra de lo que pudiera pensarse, el hombre se ha enfrentado a los fenómenos artísticos, sean coetáneos o tengan una mayor relevancia histórica, con fines mucho más amplios que los meramente estéticos. Ciertamente que no se concibe la aproximación a una obra de arte sin una dimensión fundamentalmente estética y subjetiva, pero también es verdad que la fruición personalísima que los hombres obtienen de cualquier manifestación artística tiene un trasfondo social muy intenso que obliga a no desligar ambos niveles si se quiere llegar a una comprensión plena de los fenómenos estéticos, pues a fin de cuentas, el arte es en sí mismo una realidad social¹.

Los poderes públicos, en todos los tiempos, se han preocupado del arte, y a través de esa preocupación todas las expresiones y manifestaciones artísticas entran en el campo del Derecho. Para entender mejor esta conexión con el mundo jurídico, y por ende, con el Estado, se pueden apuntar someramente los principales fines que ha perseguido el poder político cuando ha intervenido en el campo artístico, dando frecuentemente como resultado (aunque no siempre) una regulación jurídica más o menos amplia:

- *fines político-ideológicos*: Las manifestaciones artísticas, como tales, difícilmente inciden en los mecanismos de distribución del poder, ni suelen contribuir tampoco de manera directa a reforzar o a transformar las estructuras políticas. Pero el arte, desde la más remota antigüedad, ha servido a dos fines políticos interconectados: la legitimación del poder y el

¹ Idea muy extendida entre historiadores del arte y tratadistas de estética que ERNST FICHER, por ejemplo, expresa abiertamente en *La necesidad del arte*. Península. Barcelona, 1967, pág. 54. Véase, en general, FRANCISCO AYALA: *Tratado de sociología*. Espasa Calpe. Madrid, 1984. págs. 405-452.

afianzamiento de éste mediante la propaganda política. Algunas construcciones romanas o la extensión del gótico a través de la vía monacal mezclaban la dimensión religioso-trascendente con la dimensión legitimadora del poder del César o de la vinculación feudal de la orden benedictina². Y en el campo propagandístico, el expolio que los ejércitos napoleónicos efectuaron en toda Europa o el realismo socialista del período staliniano reflejan el deseo de transmitir ya la imagen perceptible de la expansión imperial, ya el prototipo del ciudadano en que se basa el nuevo régimen³. Todo esto es de sobra conocido y no vendría a cuento recordarlo si no fuera porque todos estos fenómenos de legitimación y de propaganda política tienen una rigurosa dimensión jurídica: status de los artistas que realizan las construcciones imperiales; relaciones patrimoniales de los monasterios con los reyes, los señores feudales y los campesinos; régimen jurídico-internacional de los bienes expoliados; y, en fin, organización administrativa de la cultura en el Estado proletario.

● *finés económicos*. Tanto el artista renacentista que trabaja para la corte de un rey o para un rico burgués flamenco como el pintor contemporáneo que expone en una galería privada, sin olvidar al anticuario que transacciona en calidad de comerciante, tienen en común la cualidad de ser sujetos de relaciones jurídicas de contenido patrimonial. Incluso, en ocasiones, estas relaciones jurídicas alcanzan una cierta dimensión de Derecho público, sobre todo en el Estado absolutista donde la confusión del erario público y del patrimonio del príncipe inducen a dudar sobre la naturaleza jurídica de los bienes del monarca⁴. Arnold Hauser ha visto, por ejemplo, cómo la creciente demanda de arte en el Renacimiento determina que el artista deje de ser un artesano pequeño-burgués y se convierta en un trabajador intelectual libre. Esta transformación tuvo consecuencias laborales porque los artistas se emancipan de los gremios, se ponen bajo la

² Sobre esta dimensión del arte romano, véanse los dos trabajos de RANUCCIO BIANCHI BANDINELLI titulados «La columna trajana: documento artístico y documento político (o de la libertad del artista)» y «El arte romano en las monedas de la era imperial», recogidos en *Del helenismo a la Edad Media*. Akal. Madrid, 1981. págs. 113-148. La conexión entre el arte gótico, la orden benedictina y el asentamiento de ésta como señor feudal ha sido tratada brillantemente por GEORGES DUBY en *San Bernardo y el arte cisterciense*. Taurus. Madrid, 1981, págs. 17-51. Del mismo DUBY conviene recordar *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea 500-1200, Siglo xxi*, Madrid, 1983. 7.ª ed., págs. 270-280, para la dimensión económica del señorío monástico.

³ Acerca de la rapiña napoleónica y de su tratamiento, bastante favorable a Francia, en el Congreso de Viena, véase CHARLES MAURICE DE TALLEYRAND: *Memorias*. Sarpe. Madrid, 1985, págs. 305 y 318. Sobre las concepciones stalinianas, el discurso pronunciado en 1934 por ANDREI ZHDANOV, «El realismo socialista», recogido por ADOLFO SANCHEZ VÁZQUEZ: *Estética y marxismo*. Era. México, 1975. 2.ª ed. T. II, págs. 235-249. Esta misma antología incluye (pág. 234) una resolución del Comité Central del PC (b) de la URSS de 23 de abril de 1932 dedicada a la reestructuración de las organizaciones artístico-literarias.

⁴ Como ejemplo significativo, véanse los testamentos de los monarcas de la Casa de Austria, publicados por la Editora Nacional en 1982, especialmente el codicileo complementario de Felipe II, de 1597, o las referencias de Felipe IV a las pinturas del Real Palacio.

protección de los mecenas y acaban siendo grandes señores ellos mismos ⁵, y esta secuencia expresa muy bien todas las transformaciones económico-laborales del artista renacentista y sus subsiguientes efectos jurídicos. En suma, en la medida que el artista se introduce, con engarces diversos, en el mercado, y en la medida, asimismo, que la obra de arte adquiere la forma de mercancía (que está ya presente en la labor de los maestros canteros que trabajan en los templos románicos), el Derecho ha de acudir a regular este conjunto de relaciones, sea poniendo el acento en el Derecho civil, en el mercantil o en el ordenamiento laboral. Y con la característica adicional de que las transformaciones del Derecho no han sido ajenas al mundo del arte como lo prueba, entre muchos ejemplos que el hecho fundamental que ha revolucionado el Derecho mercantil (el paso del comerciante individual a la sociedad por acciones y su consiguiente reflejo en la legislación) se percibe también en el mercado de arte.

• *finés científicos*. Con algunos antecedentes a los que ahora me referiré, la Ilustración tiene entre otros efectos políticos el de interesar al Estado en el mundo científico, lo que se refleja incluso en el ámbito jurídico-doctrinal porque a partir de la ciencia de la policía el jurista no deja de introducir en sus obras una referencia a la acción administrativa sobre la investigación científica. Pero el punto de engarce entre la acción científica y el Estado y las materias que ahora entran dentro del concepto de Patrimonio Histórico se encuentra en el coleccionismo. El coleccionismo tiene su origen antes de la Ilustración, en la Edad Media, con una dimensión que ya es científica pero que se pierde, como han mostrado Miguel Morán y Fernando Checa, en el siglo XVI ⁶. El siglo XVIII retoma este interés científico, pero con un brío renovado porque se enmarca en una posición activa del Estado, que utiliza ya instrumentos de Derecho público para darle efectividad, como pedían los ilustrados ⁷. El coleccionismo de la Ilustración es, por ende, el primero que busca la dimensión científica de los objetos apoyándose en los instrumentos de Derecho público ⁸ y a partir de aquí es fácil entender su dimensión jurídica porque ya en el siglo XIX se incluye dentro de la acción administrativa de fomento como expresa muy bien la exposición de motivos del Real Decreto de 20 de marzo de 1867 de creación del Museo Arqueológico Nacional y Museos Provinciales.

⁵ ARNOLD HAUSER: *Historia de la literatura y el arte*. Guadarrama. Madrid, 1968. 2.ª ed. T.I. págs. 401-437

⁶ MIGUEL MORÁN y FERNANDO CHECA: *El coleccionismo en España*. Cátedra. Madrid, 1985, especialmente págs. 179-211, para esta transición.

⁷ «Así, pues, hay un acuerdo total acerca de este punto: el trono ha de ser el dispensador y el orientador de la cultura», dice SARRAILH tras pasar revista a las opiniones de los ilustrados españoles (JEAN SARRAILH: *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1974. 1.ª reimp. pág. 189).

⁸ Acerca del origen ilustrado de los museos, véase el espléndido trabajo de OLIVER IMPEI y ARTHUR MAC GREGOR (eds.) *The Origins of Museums. The Cabinet of Curiosities of sixteenth —and— seventeenth-century Europe*. Clarendon Press. Oxford, 1985.

● *finés educativos*. No siempre se deslindan fácilmente los fines científicos y los fines educativos en la acción de los poderes públicos en el campo del Patrimonio Histórico, y así lo prueba la Ley Moyano de 1857, que al tiempo que organizó la instrucción pública vino a establecer una incipiente Administración para las materias histórico-artísticas. No obstante, la difusión de los bienes culturales entre los ciudadanos tiene unas características materiales un tanto distintas (los fondos archivísticos se dirigen a la investigación científica y no a la educación, un yacimiento arqueológico sólo pasa al disfrute colectivo después de las primeras investigaciones de los arqueólogos), que determinan regímenes jurídicos diferentes. Y desde esta perspectiva jurídica la diferencia fundamental estriba en el distinto destino de los bienes culturales. Los objetos artísticos se organizan para que los conozcan millones de usuarios y ello comporta ordenar su acceso con determinados criterios (gratuidad, conservar para el futuro), establecer una política de personal idónea, fijar unas opciones que luego tengan reflejo en los Presupuestos Generales del Estado y elegir la organización administrativa más adecuada para estos fines. En definitiva, al igual que hemos visto con los fines científicos, la dimensión educativa del Patrimonio Histórico nos conduce a un régimen que es predominantemente de Derecho público, si bien no hay que olvidar que las transformaciones políticas de la sociedad a la que van destinados esos fines determina regímenes jurídicos muy distintos: en el siglo XIX europeo, con altas tasas de analfabetismo, el destinatario de la acción administrativa es la burguesía y la pequeña burguesía, en tanto que, ya en este siglo, la revolución soviética primero⁹ y la idea del Estado Social después reorientan los fines educativos para dar cabida también a la clase trabajadora, en consonancia con la cultura de masas.

● *finés estéticos*. Acabamos este recorrido por lo más obvio: que cuando se hace uso del arte con una finalidad estética también se está entrando en el mundo del Derecho. Todas las consideraciones precedentes no pueden hacernos olvidar que, más allá de los primeros tanteos mágico-religiosos de la antigüedad primitiva, el hombre busca el arte porque le proporciona placer. Y esta búsqueda del placer, desde Grecia y Roma, pasando por el coleccionismo medieval y renacentista, y culminando en la pequeña emoción de una subasta en nuestros días, tiene igualmente consecuencias jurídicas. Por una parte, consecuencias jurídico-privadas, por los efectos que derivan de la transmisión de la propiedad, que cada vez tienen un alcance más propio del Derecho mercantil que del Derecho civil. Y de otro lado, consecuencias jurídico-públicas, porque la propiedad de un bien cultural con el simple fin de su disfrute entra en el campo del Derecho financiero y del Derecho administrativo, como se ve con el régimen jurídico

⁹ Véase el conjunto de textos de ANATOLI LUNATCHARSKY recogidos con el título *As artes plásticas e a política na URSS*. Ed. Estampa. Lisboa, 1975.

de los Bienes de Interés Cultural que ha establecido la reciente Ley del Patrimonio Histórico Español.

En suma, se puede ver cómo las diferentes actitudes finalistas que adopta el hombre ante la obra de arte conllevan siempre efectos jurídicos de importancia. Pero estos efectos jurídicos no siempre han sido similares, pues cada forma política se ha interesado por los bienes culturales con alcances diferentes.

2. EVOLUCION DEL DERECHO DE LOS BIENES CULTURALES

En cada fase del Estado, los bienes culturales reciben un tratamiento jurídico acomodado no sólo al interés estético que despiertan, sino también al interés social, económico y simbólico que se les atribuye desde el poder. Por eso la historia jurídica de los bienes culturales va en paralelo a la historia del Derecho y no a la historia del arte. Y para ello nos limitaremos a señalar cómo se ha expresado desde la Edad Media el aprecio social por la obra de arte y la manera en que este aprecio se ha formalizado jurídicamente.

Los castillos y los palacios, las catedrales y demás templos, la orfebrería y los libros son, en la Edad Media, expresión directa de poder político o de dominio feudal, pero esta inmensa producción no siempre se reflejó en especialidades jurídicas, ni siquiera consuetudinarias. Se pueden señalar con todo cuatro ámbitos generales de expresión jurídica, a saber: a) en el ámbito del Derecho canónico, las normas que tienen su origen en la *portio fabricae*, es decir el instituto que regulaba las rentas eclesiásticas en la Iglesia antigua, acaban transformándose en normas de protección del patrimonio artístico eclesiástico, tanto mueble como inmueble, puesto que su finalidad evolucionaba hacia el cuidado de los templos¹⁰; b) en el ámbito de lo que ahora denominaríamos Derecho eclesiástico del Estado, también se observa una preocupación creciente por regular el cuidado de los bienes eclesiásticos y se podría citar, entre otros textos, el Fuero Real que se ocupa sobre todo de los bienes muebles¹¹ y las Partidas, que no sólo tratan

¹⁰ Véase PIER GIOVANNI CARON: «Fabbricerie», *Enciclopedia del diritto*. Giuffré. Milano, 1967. T. XVI. págs. 196-207; MARIO PIACENTINI: «Chiesa (come edificio di culto)», *Novissimo Digesto Italiano*. UTET. Torino, 1979. T. III. págs. 185-190.

¹¹ *Fuero Real del Rey Don Alfonso el Sabio*. L.I., T.V. (se cita por la reproducción facsimil de Lex Nova, Valladolid, 1979, realizada sobre la edición de 1836 de la Real Academia de la Historia).

de los inmuebles y de los objetos de culto sino que llegan a prohibir el enterramiento de objetos de valor en las sepulturas ¹²; c) en el ámbito del patrimonio del monarca, las Partidas contienen mandatos muy precisos ¹³, que luego se reflejan, como recordó Cos Gayón, en algunos testamentos, como el de Enrique II ¹⁴, y es lógico que así sea dado el fuerte contenido simbólico-político de algunos bienes como las coronas, los cetros o las espadas en donde se anuda su dimensión política y su dimensión artística ¹⁵; d) por último, no puede olvidarse el ámbito de las obras públicas, donde, a medida que se van perfeccionando los instrumentos jurídicos, se establecen no sólo ciertos criterios que ahora llamaríamos conservacionistas (y es muy expresivo a este respecto el Título XXXII de la Tercera Partida: «De las lauores neuas como se pueden embargar q se no fagen, e delas viejas que se quieren caer, como se han de fazer...») sino que se prevén ya algunas servidumbres que afectan a la propiedad privada.

El derecho medieval contiene, por consiguiente, elementos suficientes para hablar de una ordenación heterogénea de las materias que llamamos Patrimonio Histórico. Ordenación, claro está, fundamentalmente jurídico-pública con fines de policía de la construcción o de control de los muebles de valor simbólico, sin miras de disfrute de estos bienes (de modo que incluso el coleccionismo, que en los ámbitos cortesano y eclesiástico tiene cierta importancia, carece de tratamiento jurídico), y sin reglar materias como el dominio y la organización administrativa. En todo caso, se trata de un precedente valioso que no debemos desdeñar.

El Estado absolutista se enfrenta a la regulación jurídica de los bienes culturales con los mismos criterios utilizados en la Edad Media, al menos hasta el siglo XVIII. Es decir, persiste la preocupación de la Iglesia y del Estado en favor del cuidado de los templos, y la normativa sobre el patrimonio real tiene una notable incidencia sobre el coleccionismo. ¹⁶, pero no se aprecia transformación sustancial ni en los términos jurídicos empleados ni en los fines perseguidos. En la Novísima Recopilación, por ejemplo, no encontramos normas anteriores al siglo XVIII sobre policía de excavaciones, protección de inmuebles y museos y restantes centros de depósito: como mucho, alguna disposición indirectamente disuasoria del fomento de las bellas artes como la pragmática de Felipe II de 15 de mayo de 1553 de prohibición de fabricar muebles con plata batida, que fue se-

¹² *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Magestad.* Andrea de Portonaris, Imp. Salamanca, 1555 (se ha utilizado la reproducción facsimil del BOE. Madrid, 1974) I, 12, 13.

¹³ *Partidas*, II, 11, 2; II, 17, 1.

¹⁴ FERNANDO COS-GAYÓN: *Historia jurídica del Patrimonio Real.* Imprenta de Enrique de la Riva. Madrid, 1881. págs. 46-47

¹⁵ PERCY E. SCHRAMM: *Las insignias de la realeza en la Edad Media española.* Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1960.

¹⁶ COS-GAYÓN: *op. cit.*, págs. 46-75; 108-111.

guida de varias pragmáticas de Felipe III con fines similares ¹⁷. Encontramos pues las mismas lagunas que ya vimos en el Derecho medieval: ausencia de previsiones sobre el dominio en un momento que los principios dogmáticos sobre la propiedad empiezan a clasificarse ¹⁸, no traslación al campo jurídico de la dimensión lúdica que ha adquirido el arte desde el Renacimiento y persistencia en la ausencia de organización administrativa específica.

Por el contrario, la Ilustración supone, antes del hundimiento del Estado absolutista, una renovación de tal entidad que ya prefigura lo que habría de ser el Derecho de los bienes culturales hasta bien entrado el siglo xx. En definitiva, en el siglo xviii se encuentra ya una normativa intervencionista del Estado para proteger e impulsar todas las bellas artes. Por razones de economía de exposición señalaremos los hitos más notables de este giro en España, pero advirtiendo que responde a una corriente generalizada en Europa ¹⁹, que se vería acompañada de una reflexión teórico-jurídica sobre la importancia de las bellas artes para la educación que, por ende, correspondía al Estado fomentar ²⁰. Y, en efecto, en el Derecho ilustrado español encontramos los tres grandes bloques que habrían de constituir la base de toda la legislación histórico-artística hasta la emergencia del Estado social, a saber: a) policía de construcción con finalidades no sólo urbanísticas sino de disfrute estético, en su doble dimensión civil y eclesiástica, como la Real Orden de 23 de octubre de 1777, sobre asesoramiento de la Academia de San Fernando en todos los proyectos de obras públicas (que es reiterada en varias ocasiones posteriores) ²¹ o la Real Cédula de 21 de octubre de 1773 sobre los requisitos para otorgar licencias de construcción de las iglesias del Reino de Granada, que se complementó con la circular de 25 de noviembre de 1777 ²²; b) policía de excavaciones arqueológicas, como la importante e innovadora Instrucción para el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos, contenida en la resolución a consejo de 26 de marzo de 1802 y establecida en la cédula de 6 de julio de 1803 ²³; c) fomento de los centros de depósito cultural, que encontramos en el temprano Decreto de Felipe V de 2 de enero de 1716,

¹⁷ *Novísima recopilación de las leyes de España*. Madrid, 1805 (ed. facsímil del BOE, Madrid, 1975) VI, 13,4; IV, 25-28.

¹⁸ Véase MARIANO PESET: «Propiedad y legislación. Los derechos de la propiedad desde el Antiguo Régimen a la revolución liberal», en *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Edersa. Madrid, 1982. págs. 17-30.

¹⁹ Para Italia, véase el breve resumen de TOMASSO ALIBRANDI y PIERGIORGIO FERRI en *I beni culturali e ambientali*. Giuffrè. Milano, 1985. 2.ª ed. págs. 3-5.

²⁰ Por ejemplo, CAYETANO FILANGIERI: *Ciencia de la legislación escrita en italiano por el caballero ... y traducida al castellano por Jaime Rubio, abogado de los reales consejeros. Tercera edición corregida y añadida con discursos analíticos en cada libro*. Imp. de Núñez. Madrid, 1822. T. IX. págs. 286-295 y 310-317.

²¹ *Novis. recop.*, VII, 23, 3 a 7.

²² *Novis. recop.*, I, 2, 4 a 5.

²³ *Novis. recop.*, VII, 20, 3

sobre establecimiento de la Real Biblioteca o librería pública de Madrid, que se perfeccionará a través de varias normas de Carlos III ^{24, 25}.

No siempre es fácil, ni quizá conveniente, encontrar hitos históricos, momentos de cesura en la evolución de los hechos sociales. Y así se vé en la Revolución francesa, cuya legislación de protección de bienes culturales, tanto en sentido técnico-jurídico como en sentido ideológico, es parcialmente heredera del Derecho y del pensamiento ilustrado. Ahí están sus raíces, pero es claro igualmente que sólo un Estado liberal como el que surge del proceso revolucionario estaba en condiciones de organizar un nuevo ordenamiento basado en unos elementos que serán comunes a todo el Derecho europeo hasta la crisis del Estado liberal después de la guerra europea de 1914-1918. Tales elementos, basados en una concepción algo más conservacionista del patrimonio artístico ²⁶, serían los siguientes: a) organización administrativa específica de las bellas artes a las que ya se reconoce valor de testimonio histórico y objeto de disfrute estético: aparecen unidades administrativas «ad hoc» como las previstas en la Ley Moyano mediante el sistema de Comisiones provinciales ²⁷ y se busca incluso que esta acción administrativa se base en inventarios ²⁸; b) en conexión con la concepción liberal de la acción administrativa, se utilizan técnicas de policía (de edificación, de excavaciones, etc.), que atribuyen a la Administración más que una función de iniciativa del ciudadano, si bien esta limitación se detiene casi siempre ante el derecho de propiedad ²⁹; c) predominio de la propiedad expresado no sólo en el régimen jurídico patrimonial sino en la idea (perceptible, por ejemplo, en la Real Orden de 14 de sep-

²⁴ *Novis. recop.*, VIII, 19, 1 a 4.

²⁵ Sobre la concepción ilustrada del Patrimonio artístico, que explica este nuevo marco normativo, véase ITALO CARLO ANGLE: «Evolución del concepto de patrimonio cultural en Europa», en *Actas de las I Jornadas de Patrimonio Histórico-Artístico*. Consejo General de Castilla y León. Burgos, 1982. T. I. págs. 56-57.

²⁶ ANGLE: *op. cit.*, págs. 58-62; DIONISIO HERNÁNDEZ GIL: «Conservación y restauración del patrimonio arquitectónico», *Análisis e Investigaciones Culturales*, n.º 9, octubre-diciembre, 1981. págs. 69-76.

²⁷ Ley de Instrucción pública de 9 de septiembre de 1857, arts. 161 y 164. Véase también «Comisiones de monumentos históricos y artísticos», *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix. Barcelona, s.f. T.VII, págs. 271-280.

²⁸ ARACELI PEREDA: «Los inventarios del Patrimonio Histórico Artístico español», *Análisis e Investigaciones Culturales*, n.º 9, octubre-diciembre, 1981. págs. 25-27.

²⁹ Para no alargarnos citando las normas decimonónicas sobre la materia (por otra parte, no excesivamente abundantes), nos remitimos, como doctrina significativa, a PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, cuyas *Instituciones del Derecho administrativo español* (Imp. de D. Vicente de Lalama. Madrid, 1843, T.I. págs. 202-224) contienen una sintética pero interesante teoría de la policía urbana, donde se incluyen algunas notas sobre la conservación de monumentos antiguos. Conviene recordar, con todo, la especialísima competencia que tuvo en España la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando desde su fundación en 1752 hasta 1902 en materia no sólo de excavaciones sino también de policía de la construcción (véase la voz correspondiente en la *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix. Barcelona, s.f. T.I. págs. 267-271. Sobre la conexión liberalismo-protección de bienes culturales, ALIBRANDI y FERRI: *op. cit.*, págs. 5-8.

tiembre-10 de octubre de 1850 o en el Reglamento de las Comisiones provinciales de monumentos de 24 de noviembre de 1865) de que la distinción propiedad pública/propiedad privada es la base del régimen de intervención administrativa en la protección activa de los bienes culturales, especialmente en los inmuebles; d) transformación de las concepciones sobre el coleccionismo, que se publican y entran de lleno en la acción administrativa de fomento como parte del ramo de instrucción pública, es decir, con una dimensión de disfrute para el ciudadano que si al comienzo le resultaba titubeante, luego se consolida, como se observa en el citado Reglamento de las Comisiones provinciales de 1850³⁰; e) por último, en la medida que se asienta la idea nacional, se va tomando conciencia de que los bienes artísticos no se pueden perder exportándolos a otros Estados, en lo que influyó no poco el saqueo sistemático que los Ejércitos napoleónicos efectuaron en casi toda Europa: pronto se dictarán normas destinadas a prohibir la exportación que tenían antecedentes en la legislación de la Italia ilustrada y que en España se inician con la cédula de 28 de abril de 1837.

Sin embargo, estos rasgos jurídicos que configuran un marco moderadísimo protector de los bienes culturales no debe desvincularse de la realidad antiproteccionista que supuso en toda Europa la transformación urbana. Las técnicas jurídicas de reforma interior y de ensanche, más lo que García de Enterría y Parejo denominan la «desmilitarización de las ciudades» (cuando las fortificaciones y murallas dejan de ser un presupuesto de la acción urbanística)³¹ tuvo consecuencias negativas irreparables para el patrimonio inmueble. Este es un dato fundamental que impregna toda la legislación sobre bienes culturales del Estado liberal europeo y que se prolongará hasta bien entrado el siglo xx con influjo sorprendente en la teoría urbanística (Le Corbusier, por ejemplo)³²

La crisis del Estado liberal, evidenciada tras la guerra de 1914-1918, implica, como es sabido la legitimación de la intervención estatal en la prestación de servicios sociales y el reconocimiento de derechos sociales que amplían el viejo binomio de los derechos políticos y el derecho de propiedad. Fenómeno de trascendencia decisiva para la configuración del Estado que emerge con dos rasgos sumamente peculiares: la constitucio-

³⁰ En sede doctrinal, la dimensión pública con fines pedagógicos de los museos y bibliotecas se encuentra ya en FRANCISCO AGUSTÍN SILVELA (*Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas o Estudios prácticos de Administración*. Imprenta Nacional. Madrid, 1839, págs. 293-294). GÓMEZ DE LA SERNA (*op. cit.*, T. II. págs. 247) da un paso más y conecta estos centros con el ramo de instrucción pública, en tanto que POSADA DE HERRERA y OLIVAN ignoran la importancia de la materia.

³¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y LUCIANO PAREJO: *Lecciones de Derecho urbanístico*. Civitas. Madrid, 1981. 2.ª ed. págs. 71-72. También GARCÍA DE ENTERRÍA: «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 39, octubre-diciembre, 1983. pág. 578.

³² Sobre la legislación de reforma interior y de ensanche en España, MARTÍN BASSOLS: *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*. Montecorvo. Madrid, 1973.

nalización de estos derechos y la incorporación del movimiento obrero al Estado a través de los partidos socialdemócratas, lo que extiende el margen de reivindicaciones y necesidades populares que se plantean directamente a los poderes públicos. Así se irá conformando, entre 1918 y 1939, la doctrina del Estado social, que se confirmará en el constitucionalismo de la segunda posguerra. Estas grandes transformaciones habrán de influir en el campo del derecho de los bienes culturales. Es necesario advertir, con todo, que el simple hecho de que el Estado empiece a actuar con criterios intervencionistas facilita ya el giro en la protección de los bienes del patrimonio histórico-artístico: así se explica que las dictaduras conservadoras se preocupan de su regulación, y ahí tenemos la ley italiana de 1 de junio de 1939 (debida a dos juristas tan sólidos como Santi Romano y Mario Grisolia) o el Decreto-Ley español de 9 de agosto de 1926, que constituyen dos textos excepcionales de infrecuente vigencia en el tiempo.

Con esta base político-constitucional, el Derecho de los bienes culturales del Estado social posee los siguientes rasgos: a) constitucionalización de su protección por el Estado, que tiene como antecedentes las Constituciones alemana y austríaca de 1919 y 1920, respectivamente ³³ y prosigue tras 1945 con la Ley Fundamental de Bonn ³⁴, la Constitución italiana (arts. 9 y 117), la griega de 1975 (arts. 16.1, 18.1 y 24), si bien no pasa de ser un compromiso de los poderes públicos que no conlleva derechos subjetivos de los ciudadanos ³⁵ y portuguesa de 1976 (arts. 42, 66, 73 y 78); b) sometimiento de la propiedad privada a los planes de protección de los bienes de modo que, a diferencia del Estado liberal, es ya el interés público y no el patrimonio privado, el eje sobre el que gira la atribución de facultades dominicales, y ello no sólo en países con tradición progresista en estas materias, como Italia, sino incluso en ordenamientos tan apegados a la propiedad como Francia o Estados Unidos ³⁶; c) organización adminis-

³³ El artículo 150 de la Constitución de Weimar contenía esta innovadora redacción: «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». (Traducción de NICOLÁS PÉREZ SERRANO y CARLOS GONZÁLEZ POSADA en *Constituciones de Europa y América*. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1927. T.I. pág. 68. Por su parte, el artículo 10,13 de la Constitución austríaca atribuía al Estado federal la competencia legislativa y de ejecución sobre archivos, bibliotecas, colecciones y protección de monumentos. Hay que recordar el influjo que estos textos tuvieron en el artículo 45 de la Constitución española de 1931.

³⁴ A los efectos de distribución de competencias entre la Federación y los Lander (art. 74.5).

³⁵ Aunque la Constitución griega regula la protección de los bienes culturales en su Segunda Parte, dedicada a los derechos individuales y sociales, de tales preceptos es difícil deducir otra cosa que un compromiso, ciertamente intenso del Estado, y no desde luego, el derecho subjetivo a una prestación.

³⁶ Un ejemplo representativo es la Ley francesa de 2 de mayo de 1930 sobre protección de los monumentos naturales y de los sitios de carácter histórico, científico, legendario o pintoresco (arts. 9, 12, 13, etc.). En el volumen 16 (Conservation) del *United States Code Annotated*, Capítulo 1A, se encuentran numerosos ejemplos de las amplias facultades del Secretario del Interior (§462 de la edición de 1974) para limitar el dominio público.

trativa del patrimonio cultural con el máximo rango político y con facultades extraordinariamente amplias, que permiten mejor coordinación de una gestión que en principio puede estar excesivamente sectorializada, al tiempo que se eleva el peso político de los gestores: el Ministerio italiano para los bienes culturales, y ambientales es el ejemplo más representativo ³⁷; d) con apoyo de la nueva planta administrativa, frecuente sustitución de las viejas técnicas de policía y fomento por una técnica de prestación en la que la Administración se adelanta al ciudadano en iniciativas, crea los servicios culturales antes incluso de la necesidad social (a la que de esta manera orienta), y utiliza sin desdoro instrumentos de Derecho privado para el mejor disfrute de los servicios por el ciudadano, aunque ello no supone siempre arrumbar las técnicas antiguas (la policía de la edificación es previa a la prestación de instrumentos crediticios en la reconstrucción de inmuebles y la subvención sigue siendo un medio eficaz de fomento) ³⁸; e) ampliación material del objeto del Derecho del patrimonio histórico y artístico de modo que el criterio predominantemente cronológico (cien años establecía la Ley española de 1933) apoyado en consideraciones historicistas provenientes de la estética clasicista, se amplía hasta recoger todo testimonio de civilización dando cabida por ejemplo al patrimonio etnográfico y a la arqueología industrial sin desdeñar los objetos producidos por las nuevas técnicas de comunicación de masas como la cinematografía o la discografía, con lo que se elabora una concepción antropológica que rebasa las formulaciones estéticas; f) ampliación paralela del fin último de la acción administrativa, que rebasa la mera exhibición pasiva para plantearse la restauración con propósitos, incluso, de nueva utilización, lo que exige crear nuevos instrumentos jurídicos para fijar los límites de la rehabilitación y el destino de los bienes.

Toda esta transformación del ordenamiento ha tenido consecuencias dogmáticas ulteriores, pues los nuevos elementos que han ido modificando la posición del Derecho frente a esta clase de bienes ha conducido, como no podría dejar de ocurrir, a la creación de nuevas categorías conceptuales, con lo que ha sido posible unificar con sólidos fundamentos una diversidad de fenómenos jurídicos que en apariencia no estaban conectados. En definitiva estamos ante un proceso lógico de elaboración que se inicia con el interés social por determinados comportamientos culturales, prosigue con su regulación, más o menos tosca, por medio de instrumentos jurídicos, se prolonga con el descubrimiento de que de tales conductas —jurídicamente formalizadas— derivan elementos de conexión, y concluye con la elabo-

³⁷ Sobre este Ministerio, ALIBRANDI y FERRI: *op. cit.*, págs. 123-172. Un breve trabajo de ACHILLE CHIAPETTI («Ministero della Cultura y Regioni», *Il Politico*, año 49, num. 3, settembre, 1984, págs. 453-464), plantea las dificultades de este Ministerio ante las competencias culturales de las regiones.

³⁸ Para no incluir abultadas referencias bibliográficas, baste citar a ERNST FORSTHOFF, que en *El Estado de la sociedad industrial* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 173-189) adelantó ya los perfiles de la nueva intervención administrativa.

ración de conceptos comunes para el conjunto de conductas y la consiguiente elaboración de una dogmática que recubre y da coherencia a la totalidad de unas formulaciones jurídicas que estaban dispersas hasta entonces.

En este proceso de elaboración dogmática, la doctrina italiana, que había sido particularmente afortunada en sacar partido de la Ley de 1939 (Cantucci, Grisolia, Sandulli, Palma), da un paso más allá de la exégesis de las normas positivas y se expresa con formulaciones mucho más ricas y novedosas, primero con la Comisión Franceschini, en 1966, y posteriormente con una gran monografía de Massimo Severo Giannini sobre los bienes culturales³⁹ que es ya el punto de referencia de las elaboraciones doctrinales italianas posteriores (Alibrandi y Ferri, Barsotti, Greco). Giannini —que parte de la noción de la Comisión Franceschini que definió como bien cultural todo aquel «bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà» y por ello abarca los de interés arqueológico, histórico, artístico, ambiental y paisajístico, archivístico y bibliográfico⁴⁰— examina el Derecho positivo italiano y descubre que bajo expresiones normativas distintas (cosas artísticas, bellezas naturales y patrimonio archivístico) se descubre una identidad de procedimientos administrativos para la protección de los intereses públicos en los objetos de titularidad privada y otra identidad similar para la tutela de los objetos de propiedad pública⁴¹. Descubre asimismo Giannini que la noción de bienes culturales es una noción abierta cuyo contenido viene dado por los teóricos de otras disciplinas no jurídicas, con lo que el reenvío a éstas determina la historicidad de esta noción y la obsolescencia de los criterios fundados en la enumeración de contenidos⁴². A partir de estos dos tipos de consideraciones, Giannini examina críticamente las doctrinas que han definido jurídicamente los bienes culturales (limitación a la propiedad, conexión propiedad privada funcionalizada e interés público) y se pregunta qué tienen en común bienes culturales tan heterogéneos, para responder, como ya lo hiciera anteriormente Grisolia, que es el interés público el elemento común a todos los bienes culturales y que este interés se superpone a su titularidad dominical, de modo que cualquier objeto, en cuanto bien patrimonial, puede ser objeto

³⁹ MASSIMO SEVERO GIANNINI: «I beni culturali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, año 26, fasc. 1. 1976, págs. 3-38. El propio GIANNINI se había ocupado en varias ocasiones de estas materias, y a este respecto conviene citar, como antecedentes más inmediatos a este trabajo, su «Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale», en la misma revista, año 21, fasc. 3, págs. 1112-1134.

⁴⁰ Las conclusiones de la Comisión Franceschini están publicadas en la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, año 16, fasc. 1, 1966, págs. 119-244. ANGLE (*op. cit.*, págs. 62-67) ha resumido muy bien todo el movimiento de ideas que a lo largo de este siglo han surgido en torno a los criterios de utilización de los bienes culturales.

⁴¹ GIANNINI: *op. cit.*, pág. 4.

⁴² *Ibidem*, págs., 709.

de derechos de propiedad, pero como bien cultural es objeto de situaciones subjetivas activas por parte de los poderes públicos ⁴³.

La aportación de Giannini a la teoría de los bienes culturales contiene, pues, dos elementos fundamentales para la definitiva configuración jurídica de esta categoría dogmática: a) la renuncia, por parte del jurista, a definir materias que vienen dadas por otras disciplinas del conocimiento; b) la superación del criterio de la titularidad dominical (que, como vimos, era el principio que determinaba la protección en el Estado liberal) por el del interés público y la subsiguiente dualidad de regímenes jurídicos que operan sobre un mismo objeto hasta configurar la categoría de bienes inmateriales de naturaleza pública en cuanto a su disfrute. En definitiva, para Giannini los bienes culturales se caracterizan por la superación del criterio de la titularidad dominical y su sustitución por un criterio funcional.

Con posterioridad a Giannini, Alibrandi y Ferri han matizado algunas de sus formulaciones en el doble sentido de: a) rechazar la consideración de bienes inmateriales (más propia de la propiedad industrial y del derecho de patentes), ya que en el caso de los bienes culturales su identidad va unida a un valor ideal que está profundamente compenetrado con un elemento material, y no hay, por tanto la contraposición entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum* que caracteriza a la propiedad industrial ⁴⁴; b) el interés público, de que hablaba Giannini, se configura para estos autores con sentido finalista, es decir, existe interés porque estos bienes han de ser conservados y han de servir para el disfrute público, y si tales fines quedan garantizados, la titularidad pública o privada de los mismos resulta casi indiferente ⁴⁵.

Ahora bien, las formulaciones de la doctrina italiana, las más ricas que se han elaborado hasta el presente, se desenvuelven bajo unos presupuestos que llamaríamos «clásicos». La preocupación por el carácter demanial de los bienes culturales, la búsqueda —por otra parte, afortunada— de un concepto común que justifique la intervención administrativa, la persistencia de su preocupación por la titularidad privada (aunque sea para superarla como Giannini o para relativizarla como Alibrandi y Ferri), en fin, nos transmiten la imagen de que esta doctrina tan avanzada no ha logrado salir del ámbito del círculo de la Administración de fomento en el sentido de una actividad administrativa que busca el bienestar de la sociedad ⁴⁶. Administración de fomento dotada, por supuesto, de los instrumentos de intervención y de iniciativa propias del Estado social, pero que no se funda

⁴³ *Ibidem*, págs. 23-24.

⁴⁴ ALIBRANDI y FERRI: *op. cit.*, pág. 26.

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 27-29.

⁴⁶ En el sentido positivo que le da, por ejemplo, AURELIO GUAITA: *Derecho administrativo especial*. Zaragoza, 1965. T. II. págs. 10-11.

en otro principio que el del bienestar que toda Administración ha de proporcionar al ciudadano. Es decir, la doctrina italiana ha elaborado formulaciones muy precisas para unificar dogmáticamente categorías patrimoniales y acciones administrativas heterogéneamente fundamentadas, pero, quizá por no haberse atrevido a despegarse en demasía de una legislación positiva que se remonta a los años treinta, ha descuidado la conexión jurídica con el ciudadano, cuya posición ha quedado desvanecida en beneficio de un interés público que no logra desprenderse de cierta abstracción⁴⁷. En resumen, y para no alargarnos más, las formulaciones constitucionales del Estado social acerca de los bienes culturales, aunque abren vías más o menos intensas a la intervención administrativa y al disfrute colectivo de incluso bienes de titularidad privada, no han sabido insertar esta intervención pública dentro del campo de los derechos del ciudadano⁴⁸. Ello no quiere decir que estas elaboraciones no sean valiosas. Todo lo contrario, como acabamos de ver, porque sin conceptos de tanta operatividad como el de bienes culturales, los eventuales derechos del ciudadano a su disfrute quedarían bastante vacíos de contenido.

3. LOS RASGOS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EL DERECHO AL ACCESO A LOS BIENES CULTURALES

El ordenamiento español sobre patrimonio histórico y artístico se encontraba bastante consolidado antes de la Constitución. Estaba formado por una norma de carácter nuclear, que era el tronco común para casi toda la regulación de la materia (La Ley del Patrimonio Histórico Artístico de 1933 y su Reglamento de 1936, que se complementaba con el Real Decreto-Ley de 1926) y varias normas sectoriales que establecían el régimen jurídico de las excavaciones arqueológicas (Ley de 1911 y su Reglamento de

⁴⁷ Una excepción quizá significativa, pero anterior a la formulación de la noción de bienes culturales, es la de GIORGIO PIVA («Cose d'arte», *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano, 1962. T. XI. págs. 93-121), cuya exégesis del artículo 9 de la Constitución italiana le lleva a descubrir en el Estado el centro de referencia de los intereses de la comunidad con relación a las obras de arte, lo que conlleva una verdadera relación jurídica con intereses y objetos determinados.

⁴⁸ O con resultados muy poco satisfactorios, como por ejemplo CLAUDE-ALBERT COLLIARD: *Libertés publiques*. Dalloz. París, 6.ª ed., pág. 837, que se ocupa del régimen del patrimonio Histórico desde la exclusiva visión de las limitaciones al derecho de propiedad. Otro tanto puede decirse de la doctrina italiana, como ALESSANDRO PIZZORUSSO (*Lecciones de Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. T. I. págs. 193-197), que si bien parte del concepto de Constitución cultural, al enfrentarse a la tutela del patrimonio artístico no pasa de ofrecer generalidades sin ningún contenido dogmático. La única excepción significativa quizá sea la de ENRICO SPAGNA MUSSO que, primero en *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana* (Napoli, 1961) y luego en su *Diritto costituzionale*, vol. II (Cedam, Padova, 1981) ha vinculado el Estado democrático pluralista con el desarrollo de la cultura como expresión de libertad.

1912), del patrimonio bibliográfico y documental (Ley de 1972 sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación), del comercio de estos bienes (Ley de 1931 y Decreto de 1969), del catálogo monumental (Decretos 1940 y 1941) y los monumentos (Decreto de 1958, modificado en 1963). Es decir, que a través de la legislación ordinaria se ha ido configurando el ámbito material de esta rama del ordenamiento, no tanto mediante una operación lógica, de diseño previo de unos contenidos sobre los que incide el Derecho, sino a través de una agregación de materias y normas que acaban configurándose, a través de la sucesivas conexiones, con su propia coherencia y unidad. A este ámbito material complejo acabarán añadiéndose determinados preceptos constitucionales (especialmente los artículos 46, 148.1.15 y 16, 149.1.28 y 149.2) que acabarán de perfilar un sector singular del ordenamiento⁴⁹. Organizado este sector singular a través de la sedimentación producida por más de medio siglo de producción normativa y por preceptos muy determinados de la Constitución, la nueva Ley 16/1985, de 25 de junio, ha servido para acabar de dar coherencia a un cuadro jurídico que corría ya el riesgo de dispersarse en demasía.

En consecuencia, el nuevo Derecho del Patrimonio histórico-artístico emerge, tras la Constitución y la Ley 16/1985, como un ordenamiento constitucionalizado, materialmente heterogéneo, descentralizado y que ha venido a redefinir los principios de la titularidad dominical mediante la abrogación del régimen común.

A) La constitucionalización del Patrimonio histórico se ha efectuado sobre dos ámbitos distintos (el conceptual y el competencial), si bien se proyecta también en cuestiones colaterales de cierta entidad. Dejando de momento la referencia que contienen los artículos 148 y 149, veamos brevemente el significado del artículo 46 del texto constitucional. Tanto la doctrina como la legislación anterior a 1978 se fundamentaban en dos conceptos de parecida eficacia jurídica, Tesoro y Patrimonio, que venían a denotar una estructura jurídica compleja constituida por: a) un valor externo y previo; b) un compromiso de los poderes públicos en favor de su protección, con criterios conservacionistas⁵⁰. Pero, quizá por la dispersión normativa que la Ley de 1933 no logró resolver y que determinó en la práctica una multiplicación de regímenes jurídicos⁵¹, quizá por la omnipresente

⁴⁹ El meritorio trabajo de PIEDAD GARCIA-ESCUADERO y BENIGNO PENDAS *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español* (Ministerio de Cultura. Madrid, 1986, pág. 12) llega a referirse a un Derecho del Patrimonio Histórico, en el que inciden regímenes jurídicos públicos y privados que le separan del marco tradicional del Derecho administrativo.

⁵⁰ Así, por ejemplo, EDUARDO ROCA ROCA: *El patrimonio artístico y cultural*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1976, págs. 23-26. Sobre el origen de estos conceptos. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE: «Tesoro artístico y patrimonio histórico: una introducción al concepto», *Actualidad administrativa*, n.º 22. 1986. págs. 1241-1243.

⁵¹ Se refiere a esta dispersión, desde el punto de vista de los inmuebles, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en «La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico. Balance de la situación de cara a su reforma» *Revista de Derecho Urbanístico*. n.º 60, octubre-diciembre, 1978, págs. 13-36.

preocupación por articular al mismo tiempo titularidad dominical y disfrute sin detrimento de la primera ⁵², lo cierto es que ambos conceptos no logran proporcionar un marco dogmático unificado y coherente del que se deduzcan unos principios específicos. Por el contrario, hacía falta buscar la conexión conceptual entre los bienes que se incardinaban en las antiguas nociones de Tesoro o Patrimonio y otros bienes de naturaleza artísticamente neutra pero que, al estar en relación material con aquellos (por formar parte de su entorno, por ser un testimonio histórico o por ser la condición previa para el disfrute de bienes artísticos) se incorporan también a la acción administrativa de protección, de fomento o de impulso. Por consiguiente, el cambio semántico responde a un cambio material que consiste en la incorporación de bienes que carecen de naturaleza artística y el área jurídica que regula los bienes que ya poseen esta naturaleza, a fin de garantizar el disfrute de estos últimos. En España la recepción del concepto de bienes culturales, que hubiera proporcionado esa coherencia que faltaba, se produce no sólo tardía sino quizá extemporáneamente, porque tras la Constitución el planteamiento jurídico que se expresaba con este concepto precisa enriquecerse para que pueda ser incardinado en el nuevo ámbito propiciado por el artículo 46 de la Constitución ⁵³.

La tardía recepción del concepto de bienes culturales se produce, pues, en un momento en que es posible integrar la acción de los poderes públicos en el marco del Estado social de Derecho, que es la consecuencia del citado precepto constitucional. Pérez Luño, por un lado, y García-Escudero y Pendás García, por otro, han sido los autores que han comprendido mejor esta conexión ⁵⁴, de modo que el nuevo marco jurídico-dog-

⁵² Como se observa en VEGA ESTRELLA, «El patrimonio histórico-artístico en la jurisprudencia», *Revista de Administración Pública*. n.º 76, enero-abril, 1975. págs. 133-180, que muestra que la mayoría de las pretensiones que han conocido los tribunales versan sobre aspectos relacionados con el dominio, que está detrás incluso de las controversias de apariencia competencial.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA: «Consideraciones...» cit. Esta problemática está estudiada también por JOSÉ BERMEJO VERA y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: «Actuaciones administrativas aisladas versus planificación: modelo urbanístico y protección del patrimonio histórico-artístico». *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*. CUNEF-IEAL. Madrid, 1982, págs. 801-818. T.R. FERNÁNDEZ (*op. cit.*), sin utilizar este concepto sostiene tempranamente una concepción similar al conectar técnicas de protección y técnicas de planteamiento urbanístico. Aun así, alguna doctrina posterior a la Constitución permanece al margen de esta recepción, aunque este concepto esté bien consolidado en Italia. Véase MENDIZÁBAL ALLENDE: *op. cit.*; MARÍA TERESA PÉREZ DE ACOSTA: «Consideraciones en torno al concepto y titularidad de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico-Artístico Español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. 132, n.º 4. abril, 1981. págs. 427-436.

⁵⁴ ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: «Artículo 46», en OSCAR ALZAGA (dir.): *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*. Edersa. Madrid, 1984. T. III. págs. 281-309 (reproducción también en la obra de este autor *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid, 1984. págs. 471-492); GARCÍA ESCUDERO y PENDÁS: *op. cit.*, También con resultados menos afortunados, RICARDO GUTIÉRREZ NIETO: *Ley de protección del patrimonio histórico-artístico*. Presidencia del Gobierno. Madrid, 1980. Entre los constitucionalistas españoles, ANTONIO TORRES DEL MORAL (*Principios de Derecho constitucional español*. Atomo. Madrid,

mático se vendría a caracterizar por su inclusión dentro del derecho fundamental a la participación en los bienes culturales, siendo el núcleo referencial de este derecho el sistema de necesidades humanas básicas entre las que se encuentra la accesibilidad de todos los ciudadanos al arte⁵⁵. Esta configuración como derecho subjetivo engarza con un deber paralelo del Estado que tiene un doble fundamento, pues de una parte, aunque el artículo 46 tiene una eficacia limitada a la legislación que lo desarrolla (artículo 53.3 de la Constitución) no se puede negar carácter normativo a sus principios rectores que tienen además reconocimiento en tratados internacionales⁵⁶, y, de otro lado, se trata en todo caso de un derecho al bienestar social que el Preámbulo y el art. 9.2. de la Constitución atribuye al Estado social en que se ha constituido España. En definitiva, el artículo 46 de la Constitución atribuye al Estado un deber de acción positiva que va más allá de la mera defensa y conservación con criterios subsidarios y le atribuye una política activa de promoción cultural⁵⁷.

B) El contenido materialmente heterogéneo de este ordenamiento añade una dificultad complementaria a la búsqueda de unas técnicas jurídicas adecuadas para su protección y su impulso. A la idea inicial, tan decimonónica, de monumentos, se han ido añadiendo otras obras de arte con soporte en bienes muebles y luego todo el conjunto del patrimonio documental (libros, documentos archivados) que entran en la esfera del Derecho con fines diversos (el mero disfrute o la investigación histórica), para acabar, más novedosamente, con el patrimonio etnográfico. Esta avalancha de contenidos materiales conduce también a la necesidad de regular bajo el mismo régimen los centros en donde se depositan tales bienes y a clasificar su disfrute atendiendo a los diversos regímenes dominicales que pueden ser públicos o privados, y aún dentro de estos últimos se podrían desgajar los que están en posesión de la Iglesia Católica. Todo ello plantea dos cuestiones que conviene traer a colación.

En primer lugar, y al igual que ha ocurrido en Italia, el Derecho español ha ido dando respuesta sucesiva a las exigencias que se suscitaban en sede no jurídica, es decir, a las necesidades que planteaban los sectores sociales que hacían uso, por disfrute estético o por interés científico, de estos bienes, y eso explica la multiplicidad normativa que todavía tenemos. En segundo lugar, que el legislador, gracias a la labor doctrinal de los juristas, ha acabado elaborando unos principios comunes que podían abar-

1985. T. I. págs. 319-351) ha dedicado un extenso estudio a la Constitución cultural, donde califica a la cultura como derecho y como función de los poderes públicos e incardina el Patrimonio histórico entre los instrumentos de acción del Estado y de las Comunidades Autónomas.

⁵⁵ PEREZ LUÑO: *op. cit.*, págs. 299-300; GARCÍA-ESCUADERO y PENDAS: *op. cit.*, págs. 60-62.

⁵⁶ PEREZ LUÑO: *op. cit.*, págs. 305-3-6. Por su parte, GARCÍA-ESCUADERO y PENDAS son más cautos al valorar la eficacia de este derecho (*op. cit.*, pág. 62).

⁵⁷ GARCÍA-ESCUADERO y PENDAS: *op. cit.*, págs. 18-19 y 59-60.

car el tratamiento de estas materias, porque se pudo constatar que todas ellas tenían las mismas exigencias (protección, titularidad, disfrute, conservación y acción positiva del Estado). Por eso ha llegado a hablarse de un Derecho del Patrimonio Histórico, aunque quizá resulte más clarificador pensar que estamos simplemente ante una rama del Derecho administrativo especial, ya que todos los institutos jurídicos que giran a su alrededor traen causa de las técnicas del Derecho administrativo⁵⁸. En cualquier caso, estamos, tras un largo proceso de acumulación, ante un Derecho heterogéneo en sus contenidos y en sus técnicas que sólo se unifica en virtud de unos fines históricamente cambiantes. Ahora bien, esta heterogeneidad adquiere relevancia jurídica gracias a la formulación del artículo 46 de la Constitución. A diferencia del texto constitucional de 1931, ahora contamos con un precepto de carácter globalizador que ha huido de la casuística⁵⁹ para poder fijar un ámbito propio para esta clase de bienes, con lo cual la operación lógica de unificar un conjunto de bienes materialmente heterogéneos no se realiza en sede doctrinal, como ocurría hasta entonces, sino a través de la propia Constitución, que aporta los elementos unificadores. Por eso tiene importancia, como ahora veremos, la nueva Ley española, si bien no evita el problema práctico de la dispersión normativa, de la que es buen ejemplo esta recopilación legislativa.

Pero es un problema, a mi entender irresoluble porque (dejando aparte la multiplicación de ordenamientos singulares que ha producido la descentralización territorial), la concepción constitucional del Patrimonio Histórico obliga a los poderes públicos a normar sobre tres planos jurídicos interconectados, a saber: a) regular varias finalidades distintas, desde la limitación de la propiedad hasta la acción administrativa directa; b) varios niveles de acción administrativa, desde la simple policía hasta la intervención más intensa que comprende ámbitos tan diversos como la gestión tributaria, el comercio exterior o la expropiación forzosa; c) varios ámbitos materiales igualmente heterogéneos, como el patrimonio arqueológico, la gestión de los centros de depósito cultural o el planeamiento urbanístico. Como se comprenderá, el Derecho del Patrimonio Histórico está condenado a multiplicarse y a dividirse en multitud de subsistemas que no siempre se interconectarán con criterios absolutamente lógicos por la sencilla razón de que las normas se van produciendo en el tiempo, respondiendo a necesidades sociales diferentes y porque, además, los fines que persigue la norma en cada subsistema pueden ser diferentes, cuando no incluso contradictorios. El principio general de facilitar el acceso más amplio a los museos contradice, por ejemplo, las limitaciones que se pueden establecer en el uso de los archivos por razones de seguridad de la documentación allí custodiada o del derecho a la imagen de las personas afectadas (arti-

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 12. Véase nuestra recesión a esta obra en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*. n.º 58. 1987. págs. 155-158.

⁵⁹ PÉREZ LUÑO: *op. cit.*, págs. 296-297.

culo 62 y 57 de la Ley del Patrimonio Histórico Español) o, por poner otro ejemplo, la rigidez que impera en la regulación de los bienes inmuebles contrasta con la flexibilidad adoptada para los objetos muebles de autores vivos o que hubieran sido importados anteriormente, ya que de lo contrario quedaría congelado el mercado de obras de arte. En definitiva, nos encontramos ante un extensísimo conjunto de subsistemas que, gracias a la Ley recientemente aprobada, han adquirido una cierta coherencia. Sin embargo, esta coherencia es sólo relativa porque detrás de la unidad del ordenamiento tan trabajosamente conseguida ha emergido la descentralización territorial que deriva de los artículos 148 y 149 de la Constitución.

C) En virtud de lo establecido en algunos de los números de los artículos 148 y 149 de la Constitución, el Patrimonio Histórico ha quedado descentralizado. No ofrece dudas el acierto de una decisión política de esta trascendencia y así lo vio Predieri en el caso italiano al señalar que la descentralización tiene el valor de mostrar un modo distinto de usar los bienes culturales en la perspectiva de acrecentar la participación que la Constitución italiana prevé⁶⁰. Otro tanto puede decirse respecto a España, donde hay antecedentes sobrados sobre la atribución de competencias a las corporaciones locales y, a partir de 1931, a las regiones. En consecuencia, igual que en otros Estados descentralizados, el criterio que subyace en nuestra Constitución es el de que hay actuaciones administrativas sobre los bienes culturales que deben corresponder a los entes políticos inferiores al Estado por cuanto: a) constituyen fenómenos muy ligados a especialidades culturales y sociales del territorio de donde emanan, que los órganos políticos regionales o locales gestionarán con más sensibilidad; b) o se desenvuelven simplemente en circuitos territoriales menos extensos y se pueden gestionar con más eficacia. A estos criterios responden los números 14, 15, 16 y 17 del artículo 148.1 de la Constitución que contemplan la posibilidad (generosamente plasmada en todos los Estatutos de Autonomía) de que las Comunidades Autónomas asuman competencias en artesanía; museos y bibliotecas de interés para la Comunidad Autónoma; patrimonio monumental también de interés de la Comunidad, y fomento de la cultura. Además, las Comunidades Autónomas llamadas de primer grado disponen de un marco competencial más extenso, pues en virtud del juego combinado de los apartados 128 y 3 del artículo 149 del texto constitucional, alcanza a la posible gestión de los centros de depósito cultural de titularidad estatal y al patrimonio cultural y artístico en su conjunto.

Con todo, como dice con ironía García de Enterría, la peculiar técnica jurídica del artículo 149⁶¹ no deja de suscitar dudas sobre el alcance com-

⁶⁰ ALBERTO PREDIERI: «Artículo 47», en AUGUSTO BARBERA Y FRANCISCO BASSANINI (eds.): *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*. Il Mulino, Bologna, 1978.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA: «Consideraciones...» cit., pág. 586.

petencial que se reserva el Estado, que algún autor, como Muñoz Machado, ha desvelado con notable claridad⁶². La atribución al Estado de la competencia exclusiva en la defensa del patrimonio contra la exportación ilícita y la expoliación y sobre los centros de depósito de titularidad estatal (artículo 149.1.28), por un lado, y la atribución, también al Estado, del servicio de la cultura como deber y atribución esencial y la comunicación cultural entre Comunidades Autónomas (artículo 149.2) configuran un cuadro competencial estatal formado por los siguientes bloques: a) los museos, bibliotecas y archivos de su titularidad; b) la lucha contra la exportación ilícita y la expoliación, cuyo alcance, como señala Muñoz Machado puede ser relativamente amplio, porque esta actuación administrativa conlleva acciones complementarias para su eficacia (catalogación e inventariación, fomento, etc.)⁶³; c) materias que son necesarias para actuar la política de bienes culturales y que corresponden exclusivamente al Estado en virtud de otros títulos competenciales (régimen de la propiedad, expropiación forzosa, relaciones internacionales, sanciones penales, régimen local, comercio exterior, régimen aduanero)⁶⁴; funciones de prestación y auxilio, protección, conservación y estímulo en régimen de concurrencia con las Comunidades Autónomas⁶⁵; e) por último, la competencia para establecer instrumentos más idóneos de cooperación con las Comunidades Autónomas.

Este marco competencial no ha sido pacíficamente aceptado y suscita algunas cuestiones problemáticas que conviene aludir con brevedad antes de que veamos la solución que ha diseñado la nueva Ley de Patrimonio histórico. En pocas palabras, nos encontramos ante tres cuestiones interconectadas: a) en sede constitucional se perfila un régimen de concurrencia competencial, dado el casi ilimitado alcance de las previsiones del artículo 148.1 *versus* la amplitud de facultades que se atribuyen al Estado en el artículo 149.1.28 y 149.2, todo lo cual puede entrar en colisión con muchos Estatutos de Autonomía que califican las competencias autonómicas como exclusivas. Este problema ha sido bastante clarificado no sólo doctrinalmente sino por el Tribunal Constitucional en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y del reconocimiento de que las competencias *exclusivas* del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre una misma materia están llamadas a ser *concurrentes*⁶⁶; b)

⁶² SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*. Civitas. Madrid, 1982. T.I. págs. 574-600. Se encontrará una interpretación muy completa en FRANCISCO SERRAN PAGAN: *Cultura española y autonomías*. Ministerio de Cultura. Madrid, 1980.

⁶³ *Ibidem*, pág. 597.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA: «Consideraciones...», cit. págs. 587-588.

⁶⁵ MUÑOZ MACHADO: *op. cit.*, pág. 585.

⁶⁶ Con referencia específica a la cultura, hay que citar la S.T.C. 84/1983, de 24 de octubre, que adelanta al impreciso deslinde competencial de esta materia y la dificultad de establecer ámbitos excluyentes (FJ 2) (esta sentencia tiene el interés adicional de perfilar el contenido de la expresión «fomento de la cultura»). También es particularmente importante la S.T.C. 49/1984, de 5 de abril, que proclama sin ambages que «la cultura es algo de la

admitida la concurrencia en este ámbito, puede surgir la duda del alcance competencial que se reservan las Comunidades Autónomas, pero esta duda se resuelve en la práctica por la dinámica del Estado autonómico: el Derecho del Patrimonio Histórico es un Derecho fuertemente administrativizado, que se actúa día a día por la gestión administrativa, y se da la circunstancia de que la Administración española se ha descentralizado de tal manera (con excepción parcial de la Administración económica) que es imposible que el Estado retenga no sólo la gestión ordinaria sino incluso el desarrollo reglamentario que ha de ir pegado a la gestión, y ahí tenemos los decretos de transferencias y las ya numerosas Leyes autonómicas de museos, de bibliotecas y de archivos para demostrarlo; c) pero si la dinámica del Estado autonómico conduce necesariamente a la descentralización de la gestión y aún del desarrollo normativo, cabe con todo preguntarse por el ámbito que se debe reservar el Estado y también por la legitimidad de esta reserva. No es esta una cuestión baladí si nos fijamos, por ejemplo, en la interpretación que nos aporta el dictamen número 100, de 29 de julio de 1985, del Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña, que limita esta competencia a lo que reconoce el artículo 149.1 y 3 de la Constitución, dejando el artículo 149.2 una mera función reiterativa de los antedichos preceptos. Pero sin que sea la ocasión de extendernos en un tema nada inocuo, quizá convenga recordar, muy a vuelapluma, que la doctrina de los bienes culturales, con lo que conlleva de sistema en el que confluyen distintos subsistemas, determina, por una parte, que en la regulación normativa del Patrimonio Histórico incidan con igual intensidad institutos plenamente descentralizables e institutos que corresponden en exclusiva al Estado, que ya hemos aludido anteriormente (régimen de la propiedad, expropiación forzosa, régimen tributario y aduanero, comercio exterior, sanciones penales, bases de la función pública, legislación mercantil, seguridad pública, estadística, etc.). Todas estas materias forman parte del Derecho del Patrimonio Histórico, y no con carácter residual sino con plena fuerza integrativa, por lo que las competencias del Estado emergen con toda intensidad. Pero hay más, la función que se atribuye a los poderes públicos en el Estado social exige, para su efectividad, su traducción en políticas de impulso y participación y no de mera conservación, que se amparan en el artículo 149.2 de la Constitución con un contenido cualitativamente peculiar, que es algo más que la simple adición de las previsiones de todos los apartados del artículo 149.1 de la Constitución. Existen, pues, títulos competenciales sobrados en manos del Estado que no enervan, sin embargo, otros títulos igualmente legítimos de las Comuni-

competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas» (FJ6), así, como contrapunto, la S.T.C. 154/1985, de 12 de noviembre, que advierte que el término cultura también comprende las peculiaridades culturales presentes en el Estado (FJ 5).

dades Autónomas que se despliegan cómodamente sin el pie forzado de la calificación de exclusividad ⁶⁷.

Si bien el tema del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas impregna con su fuerza expansiva todas las referencias a la descentralización de la gestión del Patrimonio Histórico, hay que recordar igualmente que también la Administración local asume y ha asumido siempre competencias en esta materia. Y aún se debe señalar, además, que ese flujo descentralizador abarca, con alcance un tanto peculiar, a la Administración del Estado en los términos que veremos a continuación.

La competencia de la Administración municipal en materia de «monumentos» ha estado siempre presente en la legislación de régimen local, si bien con dos características peculiares: su alcance universal y su inserción en la esfera de los asuntos propios del municipio. Ello supuso una fuente tanto de conflictos como de desidia, con el efecto complementario de no regularse la necesaria coordinación con la Administración de Bellas Artes, lo que era particularmente llamativo en la conservación de inmuebles. Pero la competencia ha estado presente siempre y así lo expresaba, por ejemplo, la vieja Ley de Régimen Local en su art. 101.2.j), también con carácter de competencia propia. En la actualidad, antes de la nueva Ley de Patrimonio Histórico, la competencia municipal sobre la materia ha quedado ya establecida en base a tres criterios complementarios que son: a) en virtud de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, el municipio goza de una competencia propia sobre la materia, si bien el art. 25 de esta Ley lo inserta en una formulación genérica que precisa ulterior concreción ⁶⁸; b) el contenido que pueda darse al art. 25.2e), bien por la legislación de régimen local de las Comunidades Autónomas, bien por la legislación sectorial sobre la materia; c) las competencias que ha recibido el municipio desde otras normas preexistentes, como puede

⁶⁷ Véase, en esta misma línea, el voto particular del Sr. Vivancos Comes al Dictamen n.º 31, de 19 de octubre de 1982, del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, que disiente de la interpretación que dicho texto hace del art. 149.2 (*Dictámenes imitados por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*. vol. 1, 1981/1982, págs 466-468). A este respecto, tiene interés el trabajo de GIUSEPPE VOLPE «Tutela del patrimonio storico-artistico nella problematica della definizione delle materie regionali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, año 21, n.º 2, 1971, págs. 355-412, porque a pesar de su relativa antigüedad aporta elementos enriquecedores en torno a la distribución de competencias. Respecto al supuesto español, un breve trabajo de LUIS ORTEGA PUENTE («Las Comunidades Autónomas y el Patrimonio Histórico-Artístico», en *Actas de las I Jornadas de Patrimonio Histórico-Artístico*. Consejo General de Castilla y León. Burgos, 1982. T. II. págs. 1015-1020) no alcanza a aclarar los títulos competenciales del Estado, si bien tiene el mérito de recordar la necesidad de deslindar los ámbitos respectivos de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Véase también SERRAN PAGAN, *op. cit.*, págs. 71-113.

⁶⁸ Sobre el alcance de esta competencia, véase FRANCISCO SOSA WAGNER y PEDRO DE MIGUEL GARCÍA: *Las competencias de las Corporaciones locales*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1984. pág. 46-52.

ser la legislación urbanística u otras disposiciones, generalmente de rango inferior, como del Decreto 571/1963 de 14 de marzo. Se trata de un entramado de no fácil interpretación, cuya actuación va a depender ante todo de los términos que utilice la legislación de Patrimonio Histórico.

También hay que señalar dentro de la Administración del Estado un supuesto peculiar de descentralización que viene a quebrar el principio casi universal de atribución de todas las competencias sobre bienes culturales al Ministerio de Cultura, que los recibió en virtud del Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio. Nos referimos a la entidad de Derecho público, Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, encargada de la gestión y administración de los bienes y derechos del Patrimonio Histórico. Se trata sin duda de un ente peculiar, pues en el mismo concurre el carácter de órgano administrativo al servicio de la Familia Real⁶⁹, y es lo que trae causa de su existencia como se deduce del art. 2 de su Ley reguladora, pero al mismo tiempo, y en cuanto sea compatible con la afectación de sus bienes a este servicio de la Familia Real, el art. 3 de la referida Ley 23/1982 atribuye al Consejo de Administración la función de adoptar medidas conducentes al uso de las mismas con fines culturales, científicos y docentes. Existe, pues, una superposición de planos que determina, por la propia naturaleza de los bienes afectados, que el Consejo de Administración actúe como Administración cultural, y así se prevé en el organismo de esta Entidad previsto en su Reglamento de 1987.

Por último, y con una eficacia mucho más reducida, se debe recordar que tanto los restantes órganos constitucionales (Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial) como la Administración consultiva del Estado ostentan funciones de cierta importancia sobre el patrimonio documental y que, ya con carácter potestativo para el mejor funcionamiento de sus servicios, alcanza también al patrimonio bibliográfico.

D) La propiedad, bien que con finalidades limitativas de la actividad administrativa, ha estado siempre en el centro del Derecho de los bienes culturales. Pero en el ordenamiento jurídico español, como otros ordenamientos similares, tenía dos rasgos característicos que eran su dispersión en tantas actuaciones como categorías de bienes sin llegar a formar una sistemática, y el predominio del interés privado sobre el disfrute colectivo. Pero no se trata de que al amparo de las previsiones del artículo 33.2 de la Constitución se pueda configurar una función social de la propiedad de estos bienes al servicio de toda la comunidad. Se trata de que la configu-

⁶⁹ Se ha ocupado de este tema MARTÍN BASOLS: «Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional», en PABLO LUCAS VERDÚ (dir.): *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1983. págs. 151-196. Sobre los avatares de la constitucionalización del Patrimonio Nacional, por no considerarse estrictamente de carácter histórico-artístico. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *El cambio político español y la Constitución*. Planeta. Barcelona, 1982. págs. 330-332.

ración de un derecho subjetivo al disfrute del Patrimonio Histórico, tal como se perfila en el artículo 46 del texto constitucional, en conexión con el referido artículo 33.2, ha venido a producir una transformación, con efectos abrogativos, de los regímenes tradicionales de la propiedad, que se levantaban sobre la dicotomía público/privado y que utilizaban, a lo sumo, el instituto de la expropiación forzosa. Igual que en la propiedad inmueble, la Ley del Suelo ha venido a diversificar el derecho de propiedad aportándole un nuevo contenido que innova radicalmente su anterior naturaleza⁷⁰, aquí nos encontramos ante un estatuto nuevo del dominio caracterizado por la atribución a un mismo bien de un conjunto de funciones tendentes a satisfacer intereses diversos. Con esto, no es que se desvanezca el estatuto unitario de la propiedad, que sigue siendo el punto de referencia obligado⁷¹, sino que se ha operado una derogación de los principios clásicos sobre el dominio de un sector del ordenamiento, de modo que los bienes incursos en este sector entran en un régimen especial caracterizado por la emergencia de un interés público que atrae, transformándolos, los diferentes estatutos del dominio privado. No hay derogación de este principio porque no hay expropiación, sino una superposición del interés público en cuyo ámbito entra a actuar la propiedad privada. De momento, creo que no se puede avanzar más en cuanto a formulaciones, pues lo importante del dominio en el Patrimonio Histórico es que no produce una expropiación masiva que amplía de golpe el dominio público, sino que se configura un régimen especial de la propiedad con elementos públicos y elementos privados unificándose las técnicas para su disfrute y manteniéndose la respectiva titularidad⁷². Eso explica que un bien de titularidad privada acabe sometido a limitaciones y cargas en su disfrute y en su transmisión, y que éstas limitaciones incidan con igual intensidad sobre bienes de dominio público.

⁷⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO: *Lecciones...* cit., págs. 425-430. Salvadas las diferencias de contenido, nos remitimos a TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR y LUCIANO PAREJO: *Dictámenes jurídicos sobre la delimitación del contenido del derecho de propiedad y la responsabilidad patrimonial de la Administración*. Diputación de Madrid, Madrid, 1982, que contiene observaciones perfectamente traslapables a la dimensión dominical de los bienes culturales.

⁷¹ STEFANO RODOTA: *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Civitas. Madrid, 1987, págs. 49-55. Con anterioridad a la Constitución, JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ «Las limitaciones, al dominio por causa del Patrimonio Histórico-Artístico», *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Ed. Moneda y Crédito. Madrid, 1977, págs. 43-102) efectuó un interesante enfoque casuístico del tema.

⁷² Entiendo, sin embargo, que a pesar de la existencia de zonas secantes que habrán de acabar resolviéndose de acuerdo con los principios de este ordenamiento, no son válidos los intentos de aproximación desde la doctrina de los bienes inmateriales, cuya tutela responde a principios dogmáticos radicalmente distintos, ya que van dirigidos precisamente a garantizar la titularidad privada de figuras de origen más dudoso. A lo sumo, y quizá de manera provisional, contentémonos con hablar de una nueva fórmula de propiedad especial.

4. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL ⁷³

La nueva Ley del Patrimonio Histórico ha venido a desarrollar los principios constitucionales que hemos examinado más arriba, y así lo expresan las palabras finales de su preámbulo al recordar que en un Estado democrático esta clase de bienes deben estar al servicio de la colectividad para que con su disfrute se acceda a la cultura, que es camino hacia la libertad de los pueblos. No es el momento de analizar con detalle la nueva norma ⁷⁴, pero sí de indicar muy sumariamente los principios que ha venido a establecer.

A) Un nuevo concepto de Patrimonio Histórico que se elabora a partir de criterios extrajurídicos (el interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico) y que es independiente de su base material o patrimonial (artículo 1.º). Con ello se aplica la doctrina de los bienes culturales al diferenciar el valor y correspondiente titularidad y su valor público como integrante del Patrimonio Histórico. Otra nota de interés que conviene destacar es que este ámbito de bienes es independiente de su tutela jurídica, ya que sólo los más relevantes entran en el círculo de protección que configura la Ley mediante diversos institutos. Todo ello tiene particular relevancia porque configura un área social autónoma, el área cultural, que el Estado reconoce globalmente pero que va disciplinando de acuerdo con las demandas de la sociedad, en el sentido de que es la sociedad la que va elaborando los criterios de intervención y la relevancia del objeto sobre el que se ha de intervenir. Por otra parte, la creación de este área cultural autónoma, independiente de su tutela, sig-

⁷³ Sobre la Ley 16/1985, véase GARCÍA-ESCUDERO y PENDAS: *op. cit.* Han tratado aspectos parciales las siguientes monografías: F. JAVIER SÁNCHEZ-PALACIOS: «Reflexiones sobre la nueva Ley del Patrimonio Histórico Español y la Arqueología», *Análisis e Investigaciones Culturales*. n.º 25. 1985. págs. 11-19; VICENTE VIÑAS: «La conservación del Patrimonio Bibliográfico y Documental según la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español», en la misma revista/y número, págs. 21-27; MARÍA S. SANZ NAJERA: «La conservación del Patrimonio Mueble, según la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español», en la misma revista y número, págs. 29-34; VÍCTOR M. IZQUIERDO LOYOLA: «La información electrónica sobre el Patrimonio Histórico Español», en la/misma revista y número, págs. 35-45; MANUEL MARTÍN-BUENO: «El Patrimonio Cultural sumergido a la luz de los criterios internacionales de protección», en la misma revista y número, págs. 47-57; RAMÓN FALCÓN y TELLA: «Problemática del pago en especie: una nota sobre la facultad solutoria en las obligaciones tributarias», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*. n.º54. 1987. págs. 215-227; JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ: «El tanteo y el retracto en la nueva Ley del Patrimonio Histórico Español», *Revista de Derecho Privado*, enero, 1987, págs. 6-56; CONCEPCIÓN PRESAS: «Alternativas legales a una cuestión patrimonial: los bienes artísticos de la Iglesia española», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. vol. 1. 1985. págs. 207-234; JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: «La nueva legislación española sobre Patrimonio Arqueológico», *Revista de Derecho Público* n.º107, abril-junio, 1987. págs. 465-399.

⁷⁴ Véase GARCÍA-ESCUDERO y PENDAS: *op. cit.*, que han efectuado una buena aproximación general.

nifica el paralelo reconocimiento del derecho que tiene la sociedad civil para llenar de contenido ese espacio en blanco que el Estado reconoce. Por consiguiente, este artículo primero viene a expresar que los poderes públicos se comprometen a admitir el marco cultural que la sociedad irá fijando, y es fácil de entender, con los presupuestos constitucionales ya examinados, que la conexión Estado-sociedad se efectúa bajo forma de derechos subjetivos.

B) A partir de este compromiso genérico, la actuación de los poderes públicos se efectúa con criterios graduales sobre los bienes más relevantes que, mediante la técnica de la inventariación, pueden ser declarados de interés cultural (máxima categoría de tutela), incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles, o, como tercera categoría para bienes específicos, integrados en el Censo del Patrimonio Documental o en el Catálogo colectivo del Patrimonio Bibliográfico.

La diferente eficacia no procede de la naturaleza material de unos y otros bienes, pues pueden declararse de interés cultural tanto muebles como inmuebles, sino que se deja a la decisión de la Administración lo que en cada situación tiene interés proteger. Por consiguiente, existe un régimen de protección muy intenso para toda clase de bienes (la declaración de interés cultural), un régimen menos intenso para los muebles exclusivamente (la inclusión en el Inventario General), un régimen peculiar para Patrimonio Documental y Bibliográfico (art. 51-53) y, como han señalado García-Escudero y Pendás⁷⁵, una cuarta categoría, que aparece discretamente en el art. 25, para la tutela de inmuebles no declarados de interés cultural, que tiene efectos en el campo urbanístico exclusivamente. Como toda técnica jurídica, la tipología adoptada por la Ley puede ser discutida (no es ciertamente pedagógica esa asimetría de regímenes), pero, al igual que hemos visto más arriba, tiene ante todo el valor de aplicar contenidos extrajurídicos a actuaciones administrativas que habrán de regirse de acuerdo con las demandas sociales que predominen en cada momento.

C) Sin perjuicio de que sus contenidos sean fijados en sedes científicas no jurídicas, la Ley establece los ámbitos en los que se manifiesta el Patrimonio Histórico. A este fin, define las formas que pueden poseer los inmuebles a efectos de su declaración de interés cultural, con lo que indirectamente señala la tipología de los bienes inmuebles (monumentos, jardines históricos, conjuntos históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas). No aporta ninguna precisión sobre los muebles, pero en cambio define los patrimonios especiales, algunos de los cuales pueden tener naturaleza tanto mueble como inmueble. Tales patrimonios especiales son el arqueológico (bienes históricos *susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica*), el etnográfico (bienes, *conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo*

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 166-167.

español), y el documental y bibliográfico. Además, forman parte del Patrimonio Histórico Español los centros donde se reúnen, conservan, exhiben y difunden todos estos bienes, es decir, los archivos, bibliotecas y museos. A mi juicio, la fijación del contenido material del Patrimonio Histórico constituye uno de los grandes aciertos de la Ley, y ello tanto porque al fin se establece un tratamiento unitario para la totalidad de estos bienes (la Ley de 1933 reenviaba a una Ley especial lo relativo al tesoro documental y bibliográfico, y así se hizo con la Ley 26/1972, de 21 de junio), cuanto por el reconocimiento de la dimensión cultural e histórica del patrimonio etnográfico, sólo previsto en el Decreto 449/1973, de 22 de febrero, que tenía un antecedente en la creación de los Museos Etnológico y del Pueblo Español (de ahí la importancia de la Disposición Adicional Segunda de la Ley, que con finalidad integrativa del ordenamiento considera de interés cultural los bienes regulados por dicho Decreto 449/1973). Por lo mismo, es importante la nueva noción instrumental del Patrimonio Arqueológico y la tipología de excavaciones que ofrece el art. 41, que responde a las técnicas reconocidas en la investigación arqueológica. Es evidente que en esta delimitación material se ha tenido muy en cuenta la noción de bienes culturales en cuanto testimonio de civilización y, además, con una técnica jurídica muy correcta ya que no se pretende, *ex lege*, entrar en el campo de las ciencias encargadas de elaborar las coordenadas materiales sobre las que trabaja el Derecho. En todo caso, lo más importante es que ya se puede unificar la gestión administrativa sin las duplicidades que provocaba una política de Patrimonio Artístico sin comunicación con el urbanismo, que era uno de los grandes males de nuestro Derecho.

D) A partir de estos ámbitos materiales, la Ley diseña todas las técnicas administrativas que los poderes públicos pueden utilizar para proteger y acrecentar el Patrimonio Histórico. Así tenemos técnicas de policía (de la construcción, de excavaciones arqueológicas, de exportación), técnicas de inspección y de inventariación, técnicas de fomento (tributarias, crediticias), técnicas de coerción mediante sanciones administrativas y penales, técnicas de limitación de la propiedad y, en fin, técnicas de impulso administrativo en las que los poderes públicos toman la iniciativa y realizan políticas específicas (desde el más viejo procedimiento de creación de centros de depósito cultural hasta los más nuevos de comunicación e intercambio de programas de actuación). En este punto, la Ley no aporta grandes novedades ni parece que sea necesario, pues es la voluntad política lo que aporta o resta eficacia a las técnicas administrativas.

E) La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha resultado ser uno de los temas más conflictivos de la nueva Ley. Ciertamente es que ésta ha buscado cuidadosamente no entrar en el campo competencial autonómico y a este fin el Título Preliminar se dedica a deslindar las atribuciones, de tal modo que con frecuencia aparecen funciones administrativas atribuidas al «organismo competente», pero sin embargo la nueva norma no ha logrado ser aceptada pacíficamente entre

los órganos autonómicos del País Vasco, Cataluña y Andalucía, que han interpuesto diversos recursos de inconstitucionalidad hoy en trámite. El punto básico de fricción es la atribución a la Administración del Estado de la competencia para declarar bienes de interés cultural, si bien la incoación y tramitación del expediente puede ser efectuada por la Comunidad Autónoma, así como para llevar el Registro correspondiente. Se han invocado varias razones a favor de esta solución, entre las que se suele destacar que no hay desposesión competencial de las Comunidades Autónomas (que en virtud de los Decretos de transferencias recibieron la potestad de declarar monumentos histórico-artísticos), porque se trata de una categoría nueva que, además, no impide que cada Comunidad establezca sus propias y nuevas categorías de protección. También se ha destacado que el valor de estos bienes aconsejaba que la declaración revistiera forma de Real Decreto, así como que los efectos tributarios de la declaración deberían corresponder al Gobierno.

Por lo general, y como no puede ser de otra manera en sede de la jurisdicción constitucional, las Comunidades discrepantes invocan sus títulos competenciales exclusivos⁷⁶, pero este argumento, sin ser desdeñable, no creo que sea suficiente dado el relativo valor de las calificaciones de exclusividad de los Estatutos de Autonomía. A mi entender, la cuestión básica estriba en que el cierre del *procedimiento administrativo* que despliega una protección más intensa para los bienes del Patrimonio Histórico (sin cuyo procedimiento el artículo 46 de la Constitución quedaría bastante marcado en su eficacia), ha quedado a la decisión exclusiva del Estado, aunque las Comunidades Autónomas posean potestad de iniciativa e impulso. Este monopolio por parte de la Administración del Estado puede diluir sin duda las competencias autonómicas (con independencia de su discutible calificación formal), pero sobre todo puede vulnerar el principio de distribución competencial en que se funda el Estado Autonomo, ya que difícilmente una Comunidad puede gozar de poderes de dirección política si no llega a la cúspide de los institutos establecidos para la protección de los bienes culturales, que curiosamente tienen mero alcance de ejecución. Se olvida con ello que la necesaria supremacía del Estado siempre quedaría salvaguardada porque de hecho la supremacía estatal ya se ha expresado mediante la propia Ley. Por eso, sin que la Administración del Estado perdiera una prerrogativa que también debe reservarse, cabían fórmulas de cooperación que, de acuerdo con el artículo 149.2 de la Constitución, sustituyeran este forzado e innecesario monopolio por una verda-

⁷⁶ Véase el ya aludido Dictámen n.º100, de 29 de julio de 1985, del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, que sostiene la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley (*Dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*. T.IV. Barcelona, 1985, págs. 329-356).

dera concurrencia en el ejercicio de competencias ⁷⁷. Dicho lo cual, hay que destacar también que la nueva Ley es un instrumento de excepcional importancia para orientar la gestión de las Comunidades Autónomas que cuentan con un instrumento claro para conocer los ámbitos competenciales propios y los límites de los del Estado. Por último, dentro de la política descentralizadora a que se orienta la Ley hay que señalar que ésta atribuye a los Ayuntamientos una competencia genérica de cooperación que se concreta en distintos deberes (art. 7, 16, 20, 23, etc.), y que la posición de los bienes del Patrimonio Nacional ha sido prevista en la Disposición Adicional Cuarta, que sujeta éstos a cuanto se dispone en la Ley.

F) La nueva ordenación de la propiedad en esta clase de bienes tiene un efecto general que conviene resaltar. La Ley no basa sus términos de protección en la transmisión de la titularidad dominical hacia los poderes públicos, salvo en situaciones especiales de deterioro que estaban ya previstos anteriormente ⁷⁸, sino en disociar las facultades inherentes al dominio y las reglas para el disfrute colectivo de tales bienes ⁷⁹. Estas cargas oscilan en intensidad según se trate de bienes de interés cultural o estén inventariados y se dirigen, en general, a cuatro ámbitos que son el control de obras en los inmuebles y de la restauración de éstas y de los bienes muebles, facultades de inspección administrativa, obligación con ciertas condiciones de exhibición a visitantes y estudiosos y, por último, notificación de su enajenación y exportación a efectos de que la Administración ejercite los derechos de tanteo y de retracto. En realidad, a estos ámbitos limitativos se podría añadir el mandato, de carácter positivo, que contiene el artículo 36.2 acerca del uso de estos bienes que ha de subordinarse a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación, pero en buena lógica este mandato es la otra cara de la moneda de las limitaciones que hemos visto, que traen causa de este deber de uso. Conviene recordar, por último, que la Ley ha venido por fin a resolver la vieja colisión entre el art. 351 del Código Civil y el art. 40 de la Ley de 1933, por

⁷⁷ En la obra de PABLO SANTOLAYA MACHETTI, *Descentralización y cooperación*. (Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1984) se recogen las principales técnicas cooperativas que se aplican en Estados Unidos, República Federal de Alemania e Italia (págs. 89-151, 180-209 y 261-288). Hay que recordar también que el principio de cooperación previsto en el artículo 26 de la Ley en lo que se refiere a la confección del Inventario General de Bienes Muebles ha quedado desvirtuado con el Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la Ley, ya que, con el mismo espíritu, su artículo 30 atribuye al Ministerio de Cultura resolver la inclusión de bienes en este Inventario.

⁷⁸ Sobre la aplicación de estos antiguos preceptos, FRANCISCO PERA VERDAGUER: *Expropiación forzosa*. Bosch, Barcelona, 1970 2.º ed. págs. 433-452.

⁷⁹ Es cierto, sin embargo, que aunque la Ley no va dirigida a alterar las facultades derivadas del dominio, en la práctica, como ha señalado ALVAREZ ALVAREZ («El tanteo y el retracto...» cit., págs. 15-16), la aplicación del régimen de tanteo y retracto no sólo a los B.I.C. sino también a los bienes inventariados puede producir la limitación de la realización del valor de esta última categoría de bienes. Pero esto habrá de resolverse con las medidas fiscales de fomento que la Ley contiene, no a costa de sustraer a la Administración un instrumento de información de indudable utilidad.

un lado, y el art. 5 de la Ley de Excavaciones Arqueológicas de 1911, por otro, en el tema de los hallazgos arqueológicos, y lo ha hecho con un sentido muy progresivo al establecer el principio de adquisición automática por el Estado ⁸⁰.

Desde el Derecho medieval hasta nuestros días, los bienes de valor artístico e histórico han ido siendo regulados de acuerdo con las exigencias crecientes de la sociedad que las disfrutaba. En una sociedad democrática, esos bienes no sólo han de estar al servicio de todos los ciudadanos sino que incluso han de ser un instrumento de participación y de enriquecimiento. Por eso la nueva Ley 16/1985 ⁸¹ ha venido a cerrar, con esperanzadoras perspectivas, las cláusulas de la Constitución cultural o del Estado de cultura que el Preámbulo de nuestro texto constitucional impelía a desarrollar.

Madrid, octubre de 1987

⁸⁰ Sobre este tema, GARCÍA FERNÁNDEZ: «La nueva legislación...» cit., págs. 389-391.

⁸¹ No parece necesario incluir entre los principios fundamentales de la nueva Ley algunas materias como la posición de los bienes en posesión de la Iglesia Católica, el denominado 1% cultural o las medidas tributarias de fomento, que ya estaban presentes sin variación sustancial en nuestro ordenamiento.