

La elaboración jurídica de un concepto del patrimonio

Juan Carlos Burgos Estrada

Cuando hablamos de la legislación sobre el patrimonio histórico o patrimonio cultural, nos encontramos sin lugar a dudas frente a un área del desarrollo jurídico relativamente reciente, coetánea a la propia evolución del Estado contemporáneo y al desarrollo de lo que se ha dado en llamar los «derechos fundamentales de tercera generación». Nos encontramos pues ante un sector de nueva configuración científica —que ni siquiera ha adquirido aún carta de naturaleza como disciplina académica en el propio currículo de la formación universitaria de los juristas españoles, salvo su alusión desde la óptica administrativista—, pero sí de emergente preocupación en la doctrina jurídica española.

No tan reciente es, sin embargo, la propia legislación reguladora de la protección del patrimonio, y a través de su evolución podemos constatar cómo el propio Derecho no sólo ha sido receptor de la preocupación que las diferentes épocas y sociedades han mostrado respecto a los bienes que conforman lo que en cada momento ha constituido su propia noción del patrimonio, sino que el propio Derecho ha sido instrumento y motor impulsor de la reflexión teórica en torno al alcance y contenido de lo que hemos de entender como patrimonio cultural¹.

Éste es el sentido en el que debemos insertar la elaboración jurídica de un concepto del patrimonio histórico o cultural. Es éste sin duda un concepto complejo y dinámico; complejo en tanto de elaboración multidisciplinaria, y dinámico en cuanto profunda y profusamente mudable en el tiempo.

Aquí se colige una vez más la imbricación de las disciplinas jurídicas con las demás ciencias sociales y humanísticas, para poner en evidencia cómo si por una parte las diferentes nociones del patrimonio son en alguna medida producto de la modulación que el Derecho ha operado sobre alguno de sus objetos, y en particular sobre el patrimonio, el propio Derecho también hace suyas concepciones extrajurídicas para calificar su objeto.

La concepción jurídica del patrimonio por tanto no es desdeñable a la noción genérica de éste, y ha de servir no sólo a las demás disciplinas, sino que es condicionante de su propio

desarrollo, y de la percepción que la sociedad tenga de éste. En cualquier caso el Derecho –norma e interpretación, jurisdiccional o científica– es hijo de su tiempo y de su propia evolución, y desde esa perspectiva se realizan las siguientes reflexiones, considerando los presupuestos políticos que han condicionado la legislación del patrimonio histórico, como parcela del ordenamiento jurídico que sigue los propios avatares de éste, y de la sociedad que refleja.

La moderna legislación del patrimonio histórico-artístico o patrimonio cultural parte de un presupuesto esencial, que condiciona todo su contenido, sus virtudes e insuficiencias: el valor que los bienes del patrimonio representan en la sociedad actual. La conceptualización de este «valor» al que me refiero obedece a diversos tipos de consideraciones: por una parte, un interés más o menos «sublime» de carácter ontológico, consustancial al ser humano, esto es el afán por su autoconocimiento y el interés por el propio enriquecimiento espiritual; no cabe duda que hoy el conocimiento del arte, de la historia y de las manifestaciones culturales en general sustentan la propia identidad del Hombre, especialmente en su ser colectivo y de ahí el interés por conocer y proteger manifestaciones materiales del propio pasado, como quien guarda las fotografías de infancia.

Derivada de la anterior premisa surge la percepción del «valor espiritual» que caracteriza a los bienes culturales, el interés que para el desarrollo personal y colectivo les hace merecedores de una especial protección, sobretudo a través de instrumentos jurídicos, que no sólo deben orientarse a la mera conservación de los bienes sino a su auténtica puesta en valor, a su disposición y disfrute por parte de la sociedad a la que pertenecen².

De acuerdo con este planteamiento la más reciente doctrina jurídica española ha venido a caracterizar a este conjunto de bienes en función del fin público –la utilidad o destino cultural– que están destinados a cumplir, y de la valoración social que de ellos se realiza actualmente, principios que informan todo su régimen jurídico. Estas concepciones parecen encontrar su actual plasmación en el ordenamiento jurídico español, especialmente a partir de la constitucionalización operada por la Carta Fundamental de 1978, como factor del

Estado de Cultura, que no es sino manifestación de la consolidación de la democracia social, cuestiones éstas a las que se dedica el apartado II de estas reflexiones.

Pero a poco que observemos el mundo circundante surge otro tipo de valoraciones que la sociedad actual realiza sobre los bienes del patrimonio cultural, que si bien resultan menos edificantes que las anteriores no son menos acordes con la actual *patrimonialización* –en puro sentido económico– y mercantilización de las relaciones, asociadas a la asignación de un valor de cambio a las obras de arte, antigüedades y otros bienes de naturaleza cultural. Me refiero aquí especialmente al valor comercial estricto de los bienes del patrimonio cultural, que ha llegado a tal punto que hoy las cifras del comercio del arte y las antigüedades son manejadas por los operadores económicos como pulso de las economías nacionales e internacionales³, resultando que la percepción que la opinión pública llega a tener de ellas no es ajena a la apabullante realidad.

Y esta suerte de valoración económica –junto a una apreciación pseudo-ilustrada de los valores de los bienes del patrimonio cultural ajeno– son el sustrato de un factor fundamental de la actual legislación del patrimonio: el expolio y el tráfico ilícito internacional de bienes culturales. Esta vez nos encontramos con un condicionante fundamental para el nacimiento y desarrollo de una fuente jurídica de primer orden en la materia: los instrumentos internacionales para la protección internacional del patrimonio.

Junto a este valor económico, derivado sin duda de cierta apreciación más o menos esteticista o historicista, aparece otra condición en los bienes culturales que les dota de un interés fundamental, nos referimos a lo que podríamos llamar su «valor político estratégico». La internacionalización de las relaciones y la globalización del mundo tienen hoy su contrapartida en un proceso de atomización de las colectividades en lo que a su identidad se refiere, acentuado con el proceso de consolidación de las naciones europeas y la descolonización. En este proceso los bienes culturales representan un baluarte de primer orden en torno a la identificación del «ser nacional».

En este esquema internacional, el patrimonio cultural presenta una cierta dicotomía: mientras por una parte se exalta su condición

universal, su pertenencia a toda la humanidad, se revela por otra como factor de carácter nacionalista.

Partiendo de estos presupuestos, en la Parte III tendremos en cuenta una nueva consideración: cómo ha afectado a la legislación sectorial y al propio concepto del patrimonio la consolidación de unas nuevas estructuras político-administrativas en nuestra realidad, que van desde la internacionalización de las relaciones jurídicas en el ámbito de las organizaciones internacionales, especialmente de ámbito regional, a la atomización de los ordenamientos jurídicos de ámbito territorial infraestatal; y aquí España se convierte en paradigma de un modelo de Estado complejo.

Este actual modelo de protección del patrimonio es sin duda el resultado de una evolución relativamente lenta, que en España alcanza a casi 200 años de historia legislativa, cuyos cabos se encuentran por un lado en la protección del monumento aislado, y por la otra, en la asunción de la protección de una categoría más o menos determinada de bienes que conforman el patrimonio en su actual acepción.

I. Del monumento al patrimonio

La primera reflexión a que invita el acercamiento a la problemática de la legislación del patrimonio es en torno a la definición del propio ámbito material de la cuestión, que si en la disciplina jurídica es una consideración previa indispensable, aquí se convierte casi en una petición de principio, puesto que del mayor o menor alcance material del concepto legal de patrimonio dependerá la propia efectividad de las medidas legales y en definitiva la conservación de estos bienes. Y precisamente, en cuestión tan simple y previa, se ponen en evidencia los propios condicionamientos que a la legislación protectora ponen los intereses en juego.

La primera dificultad en este sentido surge en torno a la imprecisión terminológica, que afecta no sólo a la legislación sino también a la doctrina científica, y que no es sino trasunto de la propia indeterminación del objeto sobre el que recae la regulación.

Resulta paradójico que, dado el alto aprecio que en las disciplinas jurídicas existe por las precisiones terminológicas y las definiciones, tanto la legislación como la propia doctrina no hayan llegado a un consenso en torno a la exactitud de las definiciones sobre la materia.

El problema se encuentra incluso en la terminología actualmente en uso: patrimonio histórico, patrimonio artístico, patrimonio cultural, bienes culturales. En este sentido la doctrina española no resulta del todo pacífica; así, hay posturas encontradas entre los que sostienen la adecuada denominación de la ley estatal española de *patrimonio histórico*, que definiría el elemento sustancial que caracteriza a todos los bienes cuyo régimen jurídico engloba, esto es la valoración cargada de un elemento de «historicidad», sustentada entre otros por Alegre Ávila (1994), frente a otras posturas encontradas, como la representada por Prieto de Pedro (1991; 1993), que defiende la denominación *patrimonio cultural*⁴, por englobar más elementos que de facto se reúnen bajo el mismo tratamiento, por recibir el alumbramiento de la más moderna ciencia antropológica y porque la denominación de «histórico» no responde a la tradición española, acercándose en alguna medida a la posición de Álvarez Álvarez que ha defendido la inclusión del calificativo de *artístico*⁵. A mayor abundamiento de la imprecisión léxica aparecen de cuando en cuando posturas eclécticas, como las de «patrimonio histórico, cultural o artístico».

En cualquier caso, la cuestión no parece alcanzar soluciones conciliadoras⁶, lo que no obsta para que la postura mayoritaria de la doctrina española sea la de adoptar la denominación de la propia Ley 16/85 del *Patrimonio Histórico Español*⁷. En efecto, la Ley parece clara en este punto –aunque dentro del articulado incluya términos disímiles–⁸, lo que no se puede afirmar del conjunto de la normativa autonómica, puesto que las leyes autonómicas sectoriales –dictadas en virtud del entramado de los artículos 148.1, 149.1.28 y 149.2 de la Constitución de 1978 y de sus respectivos Estatutos de Autonomía– contribuyen notablemente a la confusión en este punto; así mientras las leyes del País Vasco (Ley 7/1990), Cataluña (Ley 9/1993) y Galicia (Ley 8/1995) se autodenom-

minan como del *patrimonio cultural*, las de Castilla-La Mancha (Ley 4/1990) y Andalucía (Ley 1/1991) se suscriben al *patrimonio histórico*.

Si a esta confusa situación agregamos la problemática que la denominación puede generar en otras lenguas de nuestro entorno internacional (*biens culturels, cultural property, cultural heritage, world heritage, trésors nationaux*, etc.), la cuestión alcanza suficiente autonomía como para hacerse merecedora de pausadas y documentadas reflexiones, pues el asunto no está exento de implicaciones y repercusiones políticas y jurídicas; efectivamente, en el ámbito de la legislación internacional nos encontramos ante un problema de especial relevancia: aquí la cuestión de la utilización de unos vocablos y por tanto de la propia delimitación del objeto no es una cuestión políticamente pacífica, sino que responde al equilibrio de los intereses y fuerzas encontradas en las posturas «internacionalistas» y «nacionalistas» implicadas en la negociación de instrumentos internacionales tan significativos como la *Convención UNESCO concerniente a las medidas para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (París, 1970)*, o la propia normativa comunitaria sobre la materia⁹.

En cualquier caso, resulta más o menos evidente que éste es un problema derivado del propio intento de categorización para la definición del objeto de la legislación protectora, que no se manifiesta en las primeras normas sobre la materia, que simplemente se reducían a la definición mediante enumeración casuística de bienes —más o menos monumentales— susceptibles de protección legal. Efectivamente, y hasta formulaciones y esfuerzos más recientes para una elaboración teórica sobre la materia, la legislación ha obedecido más bien a necesidades coyunturales de protección puntual de determinados bienes culturales.

Es así como la problemática de la definición del ámbito de protección legal y por tanto de la noción jurídica del patrimonio hunde sus raíces en el propio desarrollo normativo, y en la concepción que cada época y sociedad tienen de su riqueza cultural. En el caso español, un recorrido por la legislación nos pone en evidencia el sentido de la evolución del propio objeto material.

Los primeros pasos en la protección del patrimonio en nuestro país son producto propio del movimiento ilustrado español, que deslumbrado por el incipiente desarrollo arqueológico, va a dar respuesta a la necesidad de conservación de las antigüedades con las primeras Órdenes de Carlos III y con la creación de las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes, a las que ya se encomienda su cuidado en las postrimerías del siglo XVIII.

Paradoja de la evolución del problema van a ser las propias circunstancias históricas que condicionan la protección del patrimonio durante todo el siglo XIX; de la protección ilustrada del patrimonio de la antigüedad se va a pasar a una conservación impregnada de tintes esteticistas, propia de las concepciones de una burguesía emergente que, mientras se esfuerza por la conservación de las obras de arte, se siente orgullosa de un urbanismo «progresista» que va haciendo crecer y remodelando las ciudades a costa de la propia destrucción de sus centros históricos¹⁰. Si bien siendo ésta la circunstancia más fatal sobre el patrimonio histórico español durante el siglo XIX, no lo fueron menos el expolio de las fuerzas napoleónicas durante la Guerra de la Independencia, ni los efectos de las desamortizaciones.

Con el siglo XX, será una vez más la arqueología la que sirva de acicate a un nuevo impulso de protección del patrimonio. La Ley de Excavaciones de 1911 incidirá nuevamente en una noción de patrimonio impregnada de un valor con referencia a la antigüedad, pero con una cierta vocación de generalidad cuando en su art. 2 incluye en su ámbito de aplicación no sólo a los bienes arqueológicos sino a «*los edificios de interés artístico abandonados a los estragos del tiempo*», en una línea de ampliación que recogerá también el Real Decreto de 1926, cuyo rasgo más característico es la asunción del «valor cultural» como esencia de los bienes susceptibles de protección. Pasos sin duda relevantes en la legislación, pero que no obstante aparecen impregnados de dos factores de primer orden que condicionan la intervención de los poderes públicos para la protección del patrimonio: por una parte una concepción absoluta de la propiedad privada como facultad de dominio excluyente sobre la cosa, sea ésta o no monu-

mental, y una formulación liberal del Estado, que a lo más ha de preocuparse de la conservación material de los monumentos.

El paréntesis republicano va a introducir una nueva idea tanto de la definición del propio concepto de patrimonio, como de las potestades públicas para su conservación. En este sentido ha de entenderse la propia constitucionalización de dicha protección, operada por el art. 45 de la Constitución de 1931¹¹, y la promulgación de la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 1933, que va a incluir en su ámbito de protección los conjuntos urbanos y lo que hoy entendemos como patrimonio paisajístico.

Paulatinamente, y con el desarrollo en los años venideros de una normativa centrada en aspectos puntuales de la materia, asistimos a una ampliación del ámbito de protección y del propio concepto de patrimonio. Unido a ésta discurre también la asunción de nuevos factores en la legislación: alguna limitación al tradicional absolutismo de la propiedad privada, trasunto de cierta concepción según la cual determinados bienes están dotados de un especial interés público; esta noción se encuentra en la base de la configuración de regímenes jurídicos en función de la titularidad pública o privada de los bienes del patrimonio, aunque siempre con especial atención en la protección monumental y arquitectónica.

Pero sin lugar a dudas, la inflexión cualitativa, y no sólo en el propio régimen jurídico del patrimonio, la va representar la Ley 16/85 del Patrimonio Histórico Español, que pone en evidencia las actuales concepciones sobre el valor de esta especial categoría de bienes y la gran amplitud —teñida de una cierta indefinición material— del ámbito y alcance de los bienes susceptibles de protección.

En todo caso, de este excesivamente somero recorrido por dos siglos de legislación, resulta evidente la ampliación paulatina de la noción jurídica del patrimonio. Esta ampliación no sólo debe operarse por la vía de incluir sucesivamente más bienes en el ámbito de protección de las leyes, sino por la asunción de un concepto de patrimonio que permita determinar las notas esenciales de los bienes susceptibles de protección, cuestión que se viene realizando sólo en los últimos años, y en el marco de la constitucionalización de la protección del patrimonio.

II. El patrimonio en el ordenamiento jurídico contemporáneo. Patrimonio, cultura y Estado

De la trayectoria descrita resulta evidente que la legislación actualmente vigente en nuestro país sólo es comprensible en el propio sistema político y jurídico configurado por la Constitución de 1978, sin olvidar el tributo a la legislación y doctrinas comparadas y a la propia inserción político-institucional de España en el orden internacional.

Esta nueva concepción del propio patrimonio histórico así como su régimen jurídico cuenta como presupuestos con algunas elementos de la propia configuración política de los sistemas jurídicos contemporáneos, que se han consolidado en el ordenamiento español:

- a) la constitucionalización de los derechos fundamentales de nuevo cuño;
- b) la concepción del llamado Estado de Cultura;
- c) la función social de la propiedad.

A) La construcción y consolidación del Estado social ha supuesto una renovación en la concepción de las tradicionales funciones del Estado como mero protector de los derechos políticos y civiles de los ciudadanos. Superada la concepción de un Estado gendarme, que desarrolla sus funciones fundamentalmente en torno a la actividad de policía, los ordenamientos jurídicos han venido a consagrar un modelo de Estado en el cual los poderes públicos aparecen directamente implicados en la tarea de contribuir a superar los desequilibrios sociales y económicos, desarrollando una actividad de garantía y promoción de la igualdad y la justicia social. Este es el principio declarado expresamente en la formulación del modelo político de la Constitución Española de 1978, y la gran mayoría de los sistemas jurídicos occidentales, y a este fin se endereza la constitucionalización de los derechos fundamentales de corte económico y social.

No obstante, los más recientes modelos constitucionales, amplían el catálogo de derechos fundamentales a los llamados «derechos culturales», esto es, todos aquellos que garantizan el acceso a la cultura y singularmente el derecho a la protección del patrimonio histórico, como manifestación concreta de la cultura de un país (art. 46 de la Constitución Española). Parece en todo caso tarea pendiente responder a la posibilidad de la elaboración de estos derechos como auténticos derechos públicos subjetivos, cuya exigencia se materialice ante los poderes públicos y en particular ante la Administración, y cuya garantía inmediata se haga efectiva mediante la acción ante los órganos judiciales.

Por ahora, la protección del patrimonio histórico aparece en nuestro ordenamiento constitucionalizado como un principio que, en los términos de la Carta de 1978, ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, dada su inserción en el Cap. III del Tít. I de la Constitución, que comprende los principios rectores de la política social y económica.

B) Profundamente imbricada con la anterior cuestión surge la de la concepción del Estado Cultural. La expresión arranca de la alemana *Kulturstaat*, y parte de la propia transformación en torno a nuestra idea de las funciones del Estado (entiéndase en el caso español, de la pluralidad de entidades públicas que conforman un «Estado compuesto»), que debe entender la Cultura y sus manifestaciones como elemento de desarrollo de la persona y la sociedad, y por tanto fundamento y garantía del propio sistema político. No se trata en cualquier caso de un Estado creador de manifestaciones culturales sino de un Estado que inspira sus principios, y la actuación de sus poderes públicos en el servicio a la cultura, en los valores culturales de su pueblo, y en los derechos culturales, tal y como recoge nuestro texto constitucional no sólo en su Preámbulo, y en las concreciones de los arts. 44 y 46, sino que además impregna algunas de sus más relevantes previsiones¹².

C) Por otra parte es el propio concepto de propiedad el que aparece notablemente alterado en los últimos años en su formulación por el Estado social. La consolidación de una sociedad capitalista y la propia consagración jurídico-constitucional de la economía social

de mercado se insertan en un discurso ideológico marcado por la modulación «social» de las estructuras económicas. La propiedad, instrumento paradigmático del modelo capitalista, ha de entenderse no en su carácter tradicionalmente absoluto como derecho excluyente, sino como el conjunto de facultades jurídicas sobre las cosas destinada al cumplimiento de una función de servicio a la sociedad. Desde esta formulación política e ideológica propia del Estado social –y desde su constitucionalización en los términos de los arts. 33 y 128.2 de nuestra carta magna– ha de entenderse el propio régimen jurídico de los bienes del patrimonio.

Estas consideraciones han tenido sus desarrollos jurídicos concretos respecto a los bienes del patrimonio histórico, que han permitido la consolidación de los presupuestos teóricos de las propias normas, especialmente desde su formulación por la *doctrina de los bienes culturales*. Dichas reflexiones tienen su origen en Italia, en los trabajos de la Comisión Franceschini para la reforma de la legislación sectorial, siendo su principal mentor el notable iusadministrativista Massimo Severo Giannini¹³.

La doctrina de los bienes culturales, a pesar de su actual contestación¹⁴, no sólo tiene el mérito nada desdeñable de haber aislado el elemento identificador de un conjunto variado de bienes, en el «valor de civilidad», esto es la cualidad de ser testimonio material de civilización, sino que precisamente a partir de este presupuesto permitió la definición de esta nueva categoría de bienes, sustentando su régimen jurídico en su compleja naturaleza, distinguiendo el valor material del inmaterial del bien, desligando éste último de la propiedad de la cosa, y por otra incidiendo en la función social del patrimonio.

La nota de valor cultural es precisamente determinante para concebir cómo estos bienes no presentan sólo un interés puramente material –manifestado en el soporte, la cosa, susceptible de ser objeto de derechos subjetivos clásicos– sino también por un valor inmaterial (el «valor ideal» de Alibrandi), en cuanto testimonio de vida de un pueblo y de la humanidad. Para la Comisión Franceschini dicho valor es el que caracteriza a todos aquellos bienes que incorporan «una referencia a la

historia de la civilización» («*beni che costituiscono testimonianza materiale avente valore di civiltà*»); delimitando así la cultura como el «conjunto de modos de vivir, pensar y sentir de los hombres en el tiempo y en el espacio».

La referencia al «valor de civilización» sería común para «*le cose di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario*». La cualidad de bien cultural vendrá determinada precisamente por ser testimonio material de civilización, carácter que la cosa posee *per se*, reconocible por un acto de la autoridad, lo que supone además que la inclusión de una serie de bienes en la norma sólo es indicativa y no exhaustiva, por tanto variable en el tiempo.

Esta nota de historicidad de la noción pone en evidencia cómo su consideración dependerá de un juicio de valor, de una relatividad, de lo que cada grupo social considere en un momento determinado como relevante para sí mismo. La respuesta de la legislación a dicho problema ha pasado por un intento de concreción del criterio definitivo para la calificación de éste o aquél bien como susceptible de protección, lo que se ha realizado acudiendo generalmente a un criterio formalista, como es el que se trate de bienes así «declarados»; el dilema se antoja resuelto en tautología, no obstante parece la única solución viable para expresar en norma una realidad extrajurídica compleja; al menos es la opción por la que se ha decantado la Ley 16/1985, que somete a su régimen jurídico a aquellos bienes declarados *ope legis* o en virtud de un acto administrativo.

Este valor inmaterial al que se refiere la doctrina de los bienes culturales alcanza su plena condición considerado por su función social, y por el respeto a su verdadero ser —cuestión que caracteriza a los bienes culturales frente a otros bienes privados, e incluso públicos—, configura su peculiar protección jurídica, sus formas de puesta a disposición de la comunidad para su disfrute, y los criterios para su conservación. La reciente doctrina jurídica española, receptora de esta problemática, incide en estos aspectos, especialmente en lo que se refiere a la fruición social de los bienes culturales, condición de todo el tratamiento protector y del modelo ideológico que debería orientar su puesta en valor¹⁵.

III. El patrimonio en una nueva estructura político-administrativa. De la universalización a la atomización

La construcción de nuestra actual idea del patrimonio, de sus funciones, y su propio régimen jurídico no queda al margen de un nuevo modelo político-administrativo, en que las sociedades contemporáneas se encuentran inmersas. Este nuevo modelo, que afecta a las propias estructuras institucionales, es resultado de dos fuerzas divergentes, aunque aparentemente no discrepantes ni incompatibles: por una parte, un fuerte proceso de internacionalización de las relaciones jurídicas coetánea a la propia globalización política y económica, y por otra una tendencia a la atomización de las estructuras políticas en el interior de los Estados, con la consolidación del reconocimiento de diferentes grados de autonomía a entidades de ámbito territorial infraestatal.

El caso de España, fuertemente concatenado con el propio proceso democratizador de la sociedad española en las últimas décadas, resulta aquí ilustrativo; en efecto, asistimos, de un lado a la integración paulatina del Estado español como sujeto de derecho internacional en las organizaciones internacionales, de ámbito universal y regional, con la consiguiente adopción de instrumentos internacionales en materia de protección del patrimonio cultural, y la subsunción de la legislación española en el proceso de formación de una normativa internacional del patrimonio.

Pero por otra parte, la propia configuración del Estado español como «Estado complejo», desde la constitucionalización del Estado de las Autonomías, va a incidir de manera decisiva en nuestra legislación del patrimonio.

1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO

El movimiento de protección del patrimonio en el ámbito internacional es resultado de

un proceso evolutivo que atiende a las peculiaridades de la problemática en dos ámbitos preferenciales:

- a) la lucha contra la capacidad destructora de los conflictos bélicos sobre los bienes culturales, en el ámbito del *ius in bello*.
- b) la cooperación y coordinación internacional para la conservación del patrimonio y la lucha contra el tráfico ilícito.

A) Es precisamente en el ámbito del Derecho internacional de la guerra y el Derecho humanitario donde nos encontramos con un desarrollo primigenio de la protección internacional de los bienes culturales, para evitar o reducir los riesgos evidentes que una situación bélica generaría sobre éstos: la destrucción o daño de los inmuebles, y el saqueo y exportación ilícita de los muebles. Desde la formulación moderna de reglas consuetudinarias, pasando por algunas difusas reglamentaciones decimonónicas del Derecho de la guerra, algunos tratados de paz¹⁶ y las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, hasta llegar a la *Convención UNESCO para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954)*, podemos perfilar la formación de un auténtico sistema internacional de protección, que puede ser caracterizado por las siguientes notas:

1. constituye el germen de la primera y aún vigente definición de «*bienes culturales*», que abarca los bienes, muebles e inmuebles, de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, los edificios destinados a la conservación o exposición de los bienes culturales, y los centros monumentales (art. 1 de la Convención de 1954).

2. supone un llamamiento a la formación de una conciencia internacional respecto al valor de los bienes culturales y al deber común de protegerlos, que sienta las bases de nuestra actual concepción internacionalista del patrimonio cultural. En tal sentido afirman los Considerandos de la Convención de La Haya que «... *los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial...*» .

Esta postura, que tiene como presupuesto la consideración de que los diferentes países son meros depositarios de un patrimonio común a la humanidad, sin embargo no es compatible con la idea predominante de correspondencia entre la posesión de bienes culturales y la identificación nacional, que ha sido el acicate fundamental para la destrucción sistemática de los bienes culturales del enemigo, como uno de los instrumentos más efectivos de aniquilación de los pueblos.

3. la puesta en evidencia de la problemática política de la regulación jurídica del tráfico ilícito internacional: el rechazo que despierta en determinados Estados de tendencia «*expoliadora*» la adopción de medidas restrictivas propiciadas por los Estados «*exportadores*» de bienes de su patrimonio.

En cualquier caso, a pesar de esta normativa, los más recientes desastres bélicos ponen en evidencia la escasa efectividad que la voluntad expresada en los tiempos de paz despliega cuando el conflicto alcanza devastadoras proporciones. Curiosamente ante la incapacidad —cuando no falta de voluntad— de la comunidad internacional por evitar esta destrucción, adquieren fuerzas los mecanismos de reparación *ex post facto*, mediante campañas internacionales de restauración del patrimonio destruido, o incluso mediante la represión punitiva de los «*crímenes culturales*»¹⁷.

B) El reequilibrio de fuerzas, la nueva configuración política y económica del mundo, la asunción de nuevos principios y reglas que sustentan el desarrollo internacional y la propia actividad diplomática reciben una inflexión definitiva tras la II Guerra Mundial; es éste el marco de origen y desarrollo de las grandes organizaciones internacionales: la ONU, la UNESCO, el Consejo de Europa, las propias Comunidades Europeas. En su seno se desarrollarán los nuevos instrumentos internacionales de protección del patrimonio, caracterizables, en general, por las siguientes notas:

1. paulatina ampliación del ámbito del patrimonio protegible, con la incorporación, entre otros, de bienes del patrimonio etnológico, y documentos de la cultura material contemporánea (cine, fotografía, historia de la ciencia, «*arqueología industrial*», etc.).

Una circunstancia esencial como ésta se ha constituido, no obstante, en uno de los elementos conflictivos respecto a la definición del propio alcance material y al grado de adopción internacional de estos instrumentos: el interés en el proteccionismo parece ser función de la propia riqueza cultural de los Estados implicados.

En el sentido de la definición material del patrimonio, además incide otro factor internacional emergente en la comunidad internacional de postguerra: el proceso de descolonización. Resultado de este proceso es la consolidación de las ex-colonias europeas como nuevos sujetos de derecho internacional —que inciden en la formación y adopción de instrumentos y políticas internacionales—, y su contribución a la creación de una conciencia de protección del patrimonio etnológico y otras «artes menores», tradicionalmente excluidas de la protección jurídica. La adopción por el Derecho de una renovada concepción de la cultura material va a permitir la incorporación de este patrimonio —hoy especialmente susceptible de expoliación y destrucción— en su ámbito de protección.

2. la materialización de medidas de protección específicamente internacionales, en particular la cooperación jurídica¹⁸ y la atracción de recursos económicos internacionales para la conservación del patrimonio de la humanidad. En este ámbito destacan las técnicas para la prevención y represión del tráfico ilícito internacional, la adopción generalizada de Convenios y acuerdos como garantía de la efectividad en la aplicación de medidas de control internacional, la cooperación policial, y los más recientes instrumentos de cooperación interestatal para la restitución de bienes exportados ilícitamente. Pero éste es además el campo de abono de las campañas internacionales de salvación de monumentos, los programas de ayuda al desarrollo en campos específicos de la educación para la cultura, y la cooperación para la formación de técnicos internacionales en conservación.

3. la consolidación de un sistema de principios generales que presiden la reglamentación internacional, proceso éste en el que destacan el reconocimiento paulatino de un «orden público internacional» en materia de protección de bienes culturales, como principio técnico-jurídico que ha de regir las relaciones de

cooperación para la lucha contra el tráfico ilícito internacional¹⁹, y la necesidad de revisión del concepto de «adquisición de buena fe» en el tráfico internacional de bienes culturales que opera como presupuesto para la restitución y la correspondiente indemnizabilidad económica del «poseedor inocente» en todos los instrumentos internacionales actualmente vigentes.

Toda esta serie de principios políticos y jurídicos internacionales adoptados por esta normativa internacional tienen una especial repercusión en la propia legislación nacional. En tal medida adquieren validez las siguientes observaciones:

1.^a la integración nacional en la superestructura internacional comporta la adopción de estos instrumentos de forma voluntaria o imperativa en los ordenamientos internacionales. En el caso español, una vez ratificados los Tratados y Convenios internacionales se integran plenamente en el ordenamiento jurídico como derecho interno, en los términos del art. 96 de la Constitución, de lo que deriva su fuerza legal. En otros casos, algunos textos que carecen de fuerza jurídica internacional —piénsese en textos meramente programáticos o documentos técnicos generados en organizaciones especializadas o reuniones de expertos— adquieren virtualidad cuando sus principios se integran en preceptos legales concretos²⁰.

2.^a comporta además la asunción por la sociedad española de una problemática de primer orden en la protección de los bienes culturales, de la que, junto a otros países del Sur de Europa, Latinoamérica, África y Asia, es peculiar víctima: el expolio de su patrimonio con destino al tráfico ilícito. Si bien es cierto, el problema del expolio y el tráfico ilícito no es una cuestión nueva, el incremento de las cifras resultan cada vez más alarmantes.

Un acercamiento a la problemática del tráfico internacional nos permite tener en cuenta algunas consideraciones que condicionan el propio desarrollo normativo de protección del patrimonio.

Así, dada la especial naturaleza de los bienes culturales, y sin dejar de reconocer su inicial condición de *res commercium*, cabe cuestionar seriamente las posturas que sustentan

su libre circulación internacional, pudiendo considerar legítimas aquellas limitaciones que, con el fin de mantener su integridad, establezcan los Estados y reconozcan los foros internacionales.

El mercado de bienes culturales es un sector antiguo de renovada vitalidad en los últimos años, especialmente en los grandes focos de poder económico como Estados Unidos, Japón y Reino Unido, por lo que es necesaria una adecuada reglamentación jurídica, especialmente en orden a establecer unos criterios y mecanismos lícitos, que transparenten las transacciones entre particulares.

El tráfico clandestino e ilícito de bienes culturales representa una proporción demasiado elevada de las transacciones, tanto en el volumen de operaciones como en los recursos financieros que atrae. Dicho tráfico se nutre fundamentalmente de las prácticas que infringen las normas legales de protección del patrimonio (*v.gr.* expolio, robo, excavaciones clandestinas, exportación ilícita) y ponen en peligro la propia integridad y funcionalidad material y espiritual de éste, al sustraerlo habitualmente del circuito de disfrute público, para pasarlo a manos privadas poco interesadas en su difusión. No debe haber duda alguna que además el expolio y el tráfico ilícito afecta de manera importante a la propia condición del bien concreto como testimonio de cultura material e instrumento de conocimiento científico, en la medida que el patrimonio sólo adquiere su verdadero sentido como objeto de estudio y conocimiento en relación con su entorno originario.

No podemos adentrarnos aquí en los factores concretos del incremento del tráfico ilícito, pero podemos convenir que éstos hunden sus raíces en las propias circunstancias del mercantilismo exacerbado que caracteriza nuestros tiempos, donde los bienes culturales se convierten en materialización concreta de la capacidad adquisitiva de los países e individuos económicamente poderosos.

El problema debe enfrentarse desde sus diversos aspectos: intendo prevenir las causas que faciliten el expolio, el robo y el tráfico ilícito, y estableciendo los remedios jurídicos apropiados para cuando el ilícito se haya producido (sanciones, y en su caso restitución). Esta labor se cumpliría además desincentivando el comercio ilícito a través de la adopción

de medidas legales que proscriban la importación ilícita, especialmente por parte de aquellos países que atraen gran parte de este comercio. A este objetivo han servido —generalmente con escasa virtualidad práctica— instrumentos como la Convención UNESCO de 1970 ya referida, la propia normativa comunitaria directamente aplicable en España²¹, y otras iniciativas internacionales recientes como la *Convención UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, adoptada en Roma en 1995.

2. PATRIMONIO Y ESTADO AUTONÓMICO

El problema de la incidencia del Estado de las Autonomías en la protección del patrimonio puede ser abordado sin lugar a dudas desde la óptica técnica del sistema constitucional de distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas. Pero no nos importa aquí tanto la determinación de los problemas técnico-jurídicos derivados de la concurrencia de legislaciones sobre el patrimonio, como las circunstancias concomitantes que afectan a la definición del propio concepto constitucional del patrimonio y esbozar algunas de las implicaciones políticas es éste.

Dos factores de primer orden sirven a la definición del problema: la jurisprudencia constitucional y la legislación autonómica.

1º La labor desempeñada por el Tribunal Constitucional en la consolidación de nuestra idea sobre la función del patrimonio, especialmente desde su Sentencia 17/91²². Es éste el pronunciamiento más relevante que hasta el momento ha establecido el Tribunal Constitucional en materia de competencias relativas al patrimonio histórico-artístico²³.

Entiende el Tribunal Constitucional que la Ley establece el estatuto de unos determinados bienes, dotados de singulares características, que les hacen portadores de unos valores que les constituyen en «...acreedores a especial consideración y protección en cuanto dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal» (FJ 2). En igual sentido, a propósi-

to de la impugnación del concepto de expoliación del art. 4 de la LPHE, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto cómo los bienes integrantes del patrimonio histórico están dotados de una especial naturaleza, determinada por la posesión de unos valores de interés general. El destino de todo bien es el cumplimiento de los fines que su propia naturaleza le impone; esta es la función social del bien, que debe ser protegida, incluso más allá de la preservación del propio bien.

2º La inflación normativa sobre el patrimonio como una expresión más de las implicaciones políticas del patrimonio, y en particular de su instrumentalización nacionalista.

Como hemos podido comprobar no es la cuestión del patrimonio una materia simplemente técnica, y la articulación de las competencias no viene presidida sólo por una alusión a los problemas de gestión administrativa y reasignación de recursos económicos. Desgraciadamente es en la legislación del patrimonio donde se ha puesto una vez más en evidencia la dificultad de la construcción ideológico-política de la «nación». Los profundos cambios políticos en la sociedad española de las últimas décadas han configurado al patrimonio como materia contingente, arma arrojada en los debates políticos a los que la propia sociedad civil asiste atónita, viendo cómo el patrimonio —sea éste un archivo de guerra o un cuadro de gran formato— es espejo donde se miran las aspiraciones nacionalistas, teñidas a veces de impulsos desintegradores.

La propia técnica legislativa ha sido víctima de los soliviantamientos y tensiones central-nacionalistas, y sirva de ejemplo no sólo la hiperinflación normativa (quizás no pasen muchos años antes de que tengamos 17+1 leyes de patrimonio), sino la propia concepción separatista que impregna alguna legislación autonómica pero sobre todo la interpretación política que de estas leyes se realiza. Esta es la atomización de la concepción del patrimonio que sorprende ante el proceso de internacionalización antes apuntado.

Así, el legislador autonómico —con independencia de la excelencia técnica que caracteriza a las leyes autonómicas del patrimonio, como por ejemplo la andaluza— no sólo ha apuntado a soluciones normativas frente a problemas concretos derivados de las peculiaridades de su patrimonio, que no puede ni debe atender

una ley de signo estatal como la 16/85, sino que en algunos casos parece instrumentalizar el patrimonio como signo de identificación nacional no integrador.

Quizás ésta es la reflexión pendiente más relevante en el ámbito del patrimonio español: si el patrimonio histórico español es signo de identificación ante la cultura europea y universal ¿no es más cierto que los bienes culturales regionales pueden integrarse dentro de una forma de identificación del propio pueblo español, y no sólo para compartir asignaciones presupuestarias comunes, con independencia de su concreta situación territorial?

IV. Consideraciones finales

El conjunto de circunstancias apuntadas no ison sino manifestación del proceso dinámico de conformación de nuestra noción del patrimonio, en respuesta a las concretas inquietudes de cada época y dentro del marco que le otorga el sistema político y social en general y su ordenamiento jurídico en particular.

A pesar de los esfuerzos de los últimos años, la doctrina jurídica no parece haber dado satisfacción plena a su interés por definir claramente el contenido del patrimonio histórico, y en este sentido la legislación se hace tributaria de la noción que de éste se convenga en otras disciplinas sociales, y en particular en la antropología.

Pero sin lugar a dudas, el Derecho ha contribuido de forma decisiva a establecer las notas esenciales que configuran la especial naturaleza de los bienes que integran el patrimonio, y que condicionan toda actividad destinada a su conservación y puesta en valor.

En este sentido han de entenderse las limitaciones a la propiedad privada que sirven de presupuesto al propio régimen jurídico de estos bienes, y los deberes y obligaciones que comporta a sus propietarios.

Pero estas notas también condicionan la propia posición que la llamada «sociedad civil» desempeña frente a los bienes del patrimonio, especialmente en las funciones activas de los agentes sociales implicados, en particular a través del asociacionismo cultural y el mecenazgo. En este sentido, es la propia

noción del Estado de Cultura la que se constituye en factor preponderante del desarrollo de estas funciones sociales, en la medida que corresponde en esencia a los poderes públicos la garantía activa para que la conservación y la propia puesta a disposición del patrimonio sean los principios que presidan e informen el régimen y la concepción del patrimonio.

Sólo así cobran sentido el principio de democratización del patrimonio y nuestro deber como depositarios del pasado de las generaciones futuras, ya perfilados en el Preámbulo de la Ley del Patrimonio Histórico Español:

«En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro patrimonio histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

NOTAS

¹ Habitualmente el propio desarrollo normativo y las reformas legislativas se constituyen en el acicate para la reflexión en torno a la materia objeto de regulación. En el caso del patrimonio, en estas circunstancias se han elaborado algunas de las más brillantes aportaciones a nuestras concepciones sobre estos bienes; sirvan dos ejemplos ilustrativos: el primero de ellos lo constituyen las reflexiones del austríaco Alois REIGL en torno a los valores de lo que hoy entendemos como patrimonio. Con ocasión de los trabajos para la reorganización de los servicios de conservación de monumentos públicos en Austria, es nombrado Presidente de la Comisión Central Imperial y Real de Monumentos Históricos y Artísticos, en cuya condición va a elaborar su teoría respecto a los mencionados valores, que dará lugar a la publicación en 1903 de su *Der moderne Denkmalkultus. Sein Wesen und seine Entstehung*, publicada en castellano como *El culto moderno a los monumentos. Caracteres y origen* (trad. Ana Pérez López). Madrid: Visor, 1987, 99 p.

El segundo ejemplo lo constituyen los trabajos de la Comisión Franceschini, con ocasión de las reformas de la legislación del patrimonio en Italia, que van a tener su máximo mentor en el jurista M.S. Giannini, con la elaboración de la doctrina de los bienes culturales, referen-

te obligado de la legislación y la doctrina en los últimos 30 años.

² Éste es el sentido que inspira todo el sistema legislativo español de protección del patrimonio, expresamente reconocido en el propio Preámbulo de la Ley 16/85 del Patrimonio Histórico Español.

³ Sobre el valor de las obras de arte como mercancía de cambio e índice económico puede consultarse: Misseri Salvatore Corrado (1994): *El valor de las obras de arte*. Valencia: Universidad Politécnica/Università degli Studi de Catania, 399 p.; Grampp, William D.(1991): *Arte, Inversión y Mecenazgo. Un análisis económico del mercado de arte*. Barcelona: Ariel, 255 p.; ICO (1996): *Mercado del Arte y Coleccionismo en España (1980-1995)* Madrid: ICO, Agencia Financiera del Estado y Banco de Desarrollo.(Cuadernos ICO) 186 p.

⁴ También aboga por dicha denominación Corral Salvador (1985:794). Por su parte C. Carrasco Canals (1975): Ruptura y rehabilitación del Patrimonio cultural y urbanístico, *Ciudad y Territorio*, 3/75, pone en evidencia la confusión: «Se ha hablado y se habla de patrimonio cultural, arquitectónico, monumental, artístico, tesoro artístico nacional, etc... Por falta de compromiso con el vocablo parece adecuado hablar de patrimonio cultural, por supuesto sin intención de haber acertado con un binomio verbal de vocación exhaustiva» (Citado. por Corral Salvador:1985:792).

⁵ Su posición en contra del término «histórico» fue sustentada ya desde las tribunas parlamentarias durante la propia tramitación de la Ley 16/85. Vide Cortes Generales (1987: *passim*) y Álvarez Álvarez (1989:91-96).

⁶ Así quedaba de manifiesto en un encuentro de especialistas celebrado el pasado Julio de 1996 en la ciudad cántabra de Reinosa, en el marco de los VII Cursos Monográficos sobre el Patrimonio Histórico.

⁷ Por su parte, el texto constitucional: «patrimonio histórico, cultural y artístico» (art. 46), pero también «patrimonio cultural, artístico y monumental» (art. 149.1.28ª).

⁸ La denominación de la Ley no fue una cuestión pacífica durante su tramitación parlamentaria; frente a la línea del Proyecto presentado por el Gobierno que se refería al patrimonio histórico, se advirtieron posiciones divergentes que sustentaban la denominación de *patrimonio cultural*, como la del Grupo Minoría Catalana, o la de *patrimonio histórico-artístico* del Grupo Popular (Cortes Generales: 1987: *passim*).

⁹ A modo de ejemplo la problemática que ha suscitado la traducción a las diferentes lenguas oficiales comunitarias del art. 36 del Tratado de la Comunidad Europea, cuyas diferencias permiten entrever matices en la sustancia, que permitirían alinear a cada uno de los ordenamientos estatales en posturas minimalistas o maximalistas en cuanto a la determinación del alcance de su protección.

En las distintas traducciones del mencionado artículo resultan evidentes las diferencias en la forma de entender el alcance de la protección, pues no queda claro si se trata de una protección en sentido amplio como la que parece deducirse de los textos en español, portugués o italiano, que tienden a proteger el *patrimonio artístico, histórico y arqueológico*, o solamente de aquellos bienes culturales de excepcional relevancia, los llamados *tesoros nacionales* en las versiones francesa e inglesa del TCE.

¹⁰ Las denuncias ya se hacían notar en la época, y no sólo las que quedan implícitas en la propia reiteración de las normas legales. En tal sentido resultan del todo ilustrativas las reivindicaciones de la propia Academia de Bellas Artes en el «Apéndice nº 2: Exposición que ha elevado al Gobierno de la República la Academia de Bellas Artes ... para que se pongan justos límites a la facultad de ordenar y llevar a cabo la demolición de edificios monumentales, así religiosos como civiles y militares», del *Resumen de las Actas y Tareas de la Academia de Bellas Artes de San Fernando durante el año académico de 1873 a 1874*, Madrid, 1874, pp. 75-85.

Testimonio incomparable de la capacidad autodestructiva de un pueblo bajo la moderna vara de algunos de sus arquitectos y urbanistas y la desidia, ignorancia, cuando no demagogia, de sus dirigentes políticos puede encontrarse en Gaya Nuño, Juan Antonio (1961): *La Arquitectura Española en sus monumentos desaparecidos*. Madrid: Espasa-Calpe.

¹¹ «Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye Tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su custodia y atenderá a su perfecta conservación.

El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico».

¹² Vide Álvarez Álvarez, J.L. (1993).

¹³ Una exposición del resultado de los trabajos de la Comisión en: Franceschini (1966). En cuanto a la teoría de los bienes culturales: Giannini (1976) y (1977).

¹⁴ Bruno Cavallo considera superada la doctrina de los bienes culturales, poniendo en tela de juicio su insuficiencia para la fundamentación de un régimen jurídico uniforme para toda la clase de bienes que comprendería. Véase su participación «La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini», en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1988, Vol. II. En España desarrolla este tesis crítica Alegre Ávila (1994:I:673-678).

¹⁵ Estos planteamientos se reconocen incluso como principios inspiradores de la actual legislación española, y así lo reconocía expresamente el Gobierno en el curso de la tramitación de la Ley 16/85: «Este concepto...con precedentes en la experiencia acumulada por la doctrina jurídica italiana, considera al propietario de tales bienes en parte como titular de los mismos, y en parte como su custodio. Es en el fondo una cuestión de propiedad dividida... Una cosa es el bien en cuanto soporte físico, y otra en cuanto testimonio que trasciende debido a su utilidad cultural y, por tanto, a su utilidad pública. En el primer aspecto, la propiedad resulta indiscutible; en el segundo, su dimensión colectiva permite y exige al Estado que haga ejecutiva aquella utilidad pública...» Discurso del Ministro de Cultura. Debate de totalidad, 14/5/84. *Diario de Sesiones del Congreso de la Diputación*. II Legislatura, Año 1984, nº 123.

¹⁶ El primer reconocimiento jurídico propiamente dicho de la noción de propiedad cultural se encuentra en el marco del Congreso de Viena, en el que se estableció la obligación de Francia de restituir a sus países de ori-

gen los bienes culturales trasladados a territorio francés durante las campañas napoleónicas, atendiendo especialmente a las reivindicaciones británicas.

¹⁷ La propia UNESCO se ha mostrado resuelta en la decisión de perseguir a los responsables de los crímenes culturales, en el marco del proceso general contra los crímenes de guerra en el conflicto de los Balcanes, que se vienen desarrollando por la ONU en el seno de la Comisión y el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad y violaciones del Derecho Internacional Humanitario en la ex-Yugoeslavia.

¹⁸ La cooperación internacional es el principio jurídico sobre el que se sustenta la ordenación internacional contra el tráfico ilícito: es precisamente esta regla la que informa el texto de la Convención UNESCO de 1970, y que se materializa mediante operaciones internacionales contra el expolio, la celebración de convenios específicos y la concertación con la UNESCO, así como el «recurso a la solidaridad internacional» en caso de riesgo inminente de expolio denunciado por un Estado Parte.

La cooperación internacional como presupuesto del sistema ya había quedado patente en la Recomendación de la UNESCO de 1964. Ésta, en lo que se podría considerar su Preámbulo, comienza por hacer una declaración general sobre el valor de los bienes culturales como elementos esenciales de la cultura y la civilización, cuyo conocimiento favorece la comprensión y la apreciación mutua entre las naciones, presupuesto de toda la acción de la UNESCO —que se reitera y desarrolla ampliamente en la Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966—.

En términos muy semejantes a como lo hará posteriormente la Convención de 1970, la Recomendación reconoce el deber de los Estados Miembros respecto a la defensa de los bienes culturales que existan en su territorio, contra los peligros derivados de la exportación, la importación y la transferencia de propiedad ilícitas. A continuación de esta declaración se destaca la peculiar consideración de este deber, que dimanaría de una suerte de *obligaciones morales inherentes* al respeto del patrimonio cultural; parecería entonces que no se trata de unas obligaciones *ex novo* que surgen a partir de la reglamentación internacional, sino del reconocimiento o declaración de unos deberes previos, dentro de la «moralidad» del Estado, en todo caso bastante propia de este tipo de actos internacionales.

¹⁹ Estaríamos ante una suerte de orden público «internacional» en el ámbito de los bienes culturales (Clerici: 1989:805) cuando los principios generales de actuación establecidos por una norma internacional como el Convenio UNESCO 1970 pueden ser reconocidos por Estados que no hayan incorporado formalmente el texto a su derecho interno.

En este sentido resulta interesante el caso planteado ante la jurisdicción alemana (Guardans I Cambó: 1992: 68-71; Fuentes Camacho: 1993: 394), según el cual el Tribunal Federal alemán reconoció que siguiendo los principios de la Convención de la UNESCO de 1970 —de la cual Alemania no es Parte— es legítima la prohibición de exportación de bienes culturales establecida por una legislación extranjera, considerando ilícito un contrato vinculado a una operación que vulnera tal norma. El planteamiento —que ventilaba fundamentalmente la cues-

tión del reconocimiento de una ley extranjera por el juez del foro, en lo que respecta a la licitud de la *lex contractus*— es el que sigue: una sociedad domiciliada en Nigeria transportaba por vía marítima hacia Hamburgo unos cofres conteniendo unas valiosas figurillas sacadas ilegalmente del país; el transporte había sido asegurado con una sociedad de Derecho alemán; en el viaje resultaron dañadas algunas de las figurillas; la aseguradora negó el pago de la correspondiente indemnización, y así lo aceptó el Tribunal: el contrato de seguro versaba sobre un riesgo ilegítimo, contrario a las buenas costumbres, y por tanto era nulo según el art. 138 del BGB, solución a la que se llega partiendo de la consideración de la legitimidad de la ley nigeriana, basada en las reglas del Convenio de 1970 (*Vide Bundesgerichtshof de 22/6/72 [Allgemeine Versicherungsgesellschaft g. E.K.]*).

²⁰ En el caso de la legislación española, la propia Ley 16/85 del Patrimonio Histórico Español se reconoce tributaria de este movimiento internacional; así en su Preámbulo afirma que «...*deriva asimismo esta obligación de la creciente preocupación sobre esta materia por parte de la comunidad internacional y de sus organismos representativos, la cual ha generado nuevos criterios para la protección y enriquecimiento de los bienes históricos y culturales, que se ha traducido en Convenciones y Recomendaciones, que España ha suscrito y observa pero a los que su legislación interna no se adaptaba...*».

Dichas consideraciones ya servían de presupuesto en el propio trámite parlamentario de la Ley: «...*desde 1933 hasta hoy, la preocupación de la propia comunidad internacional por la conservación de los bienes culturales ha sido creciente y ha generado importantes textos. Así, por ejemplo, por no citar muchos, la Carta de Atenas de 1933, que abrió el camino para la colaboración entre los Estados e inició la fijación de criterios comunes en esta materia; las normas de Quito, el Convenio Cultural Europeo de 1954, etcétera. En la actualidad, señorías, el Consejo de Europa, como saben, prepara la Convención europea para la protección del patrimonio arquitectónico, en cuya elaboración participan técnicos que representan a la Administración española. Hoy se puede, por tanto, quizá, hablar de un Derecho internacional en esta materia, y nosotros, el Gobierno, lo hemos tenido en cuenta a la hora de elaborar el actual proyecto.*» Discurso de presentación del Ministro de Cultura, Javier Solana Madariaga, en el trámite de Debate de totalidad del Proyecto de Ley, Pleno del Congreso de los Diputados, Sesión plenaria del 17 de Mayo de 1984. En Cortes Generales (1987: 139-140) y también en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n.º 123, II Legislatura, Año 1984.

²¹ Partiendo del inicialmente deficiente o inexistente interés comunitario en materias no estrictamente económicas, y la preeminencia del principio de subsidiariedad para regular el régimen de competencias Estado-Comunidad Europea, el repertorio normativo comunitario en la materia es exiguo: los arts. 36 y 128 del Tratado de la Comunidad Europea (este último según la redacción del Tratado de Maastricht); el Reglamento 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre, relativo a la exportación de bienes culturales fuera de las fronteras comunitarias; y la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido

de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, transpuesta al ordenamiento español por la Ley 36/1994

²² Algunos pronunciamientos relativos a la consideración constitucional de la cultura ya se habían puesto de manifiesto en las Sentencias 84/1983, 49/1984, 106/1987 y 103/1988.

²³ La STC 17/91 resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley 16/85 del PHE, interpuestos en 1985 por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia, el Gobierno Vasco, y el Parlamento de Cataluña, contra determinados preceptos de esta Ley, por considerar que vulneraban el régimen de competencias sobre el PHE establecido en la Constitución. Con este motivo, el TC tiene ocasión de pronunciarse extensamente sobre el alcance de los artículos 148 y 149 de la Constitución en relación al Patrimonio Histórico Español, y en particular sobre el deber de los poderes públicos en la protección de los bienes que lo integran. La Sentencia rechaza las alegaciones de los recurrentes, y declara expresamente cuál es el sentido en que deben entenderse los preceptos de la Ley, para considerarlos adecuados a la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (1994): *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico: La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, Madrid, Ministerio de Cultura, 2 vols: 678 y 806 pp.
- ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario (1992): *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, Cívitas, Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (coed.), 454 p.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis (1989): *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, Cívitas, 897 p.
- (1992): *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Madrid, Espasa-Calpe, 344 p.
- (1993): *España, sociedad y estado de Cultura. Discurso del académico electo Excmo. Sr. D. José Luis Álvarez Álvarez, leído en el acto de su recepción pública el día 27 de noviembre de 1993 y contestación del Excmo. Sr. D. Álvaro Delgado Ramos*, Madrid, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, 86 p.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (1990): *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, Cívitas, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla (coed.), 735 p.
- BURGOS ESTRADA, Juan Carlos (1996a): *La regulación jurídica internacional del tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención UNESCO de 1970*. Tesina de Doctorado, Universidad Carlos III, Facultad de Derecho.
- (1996b): «La regulación jurídica del tráfico internacional de bienes culturales. La UNESCO y la Convención de París de 1970». Comunicación, *IV Congreso Cultura Europea*, Centro de Documentación Europea, Pamplona, Universidad de Navarra, 23-26 de octubre de 1996.

- (1997): «El Patrimonio Histórico-Artístico en el Derecho. La definición jurídica de los bienes culturales», *Pátina*, 8: 124-133.
- CLERICI, Roberto (1989): «La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit». *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Año XXV, 4: 799-808.
- CORRAL SALVADOR, Carlos (1985): Incidencia de la legislación internacional en la Ley de Patrimonio Histórico Español (16/85, de 25 de junio), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año CXXXIV, 1, Segunda Epoca, Tomo XCI (259 de la Colección): 771-810.
- CORTES GENERALES (1987): *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios*, Edición preparada por Alfredo Pérez de Armiñán y de la Serna, Madrid, Congreso de los Diputados, 974 p.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, Manuel (1994): «El Patrimonio histórico. Teoría y política cultural». En Blasco-Martínez, Rosa María (Dir.): *Patrimonio histórico*. (Cátedra Cantabria 92), Santander, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, 75-82.
- FRANCESCHINI, Comisión (1966): «Relazione de la Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico, e del paesaggio», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Año 16, 1: 119-224.
- FUENTES CAMACHO, Victor (1993): *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Perspectivas del Derecho internacional privado español)*, Madrid, Beramar, 452 p.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (1987): *Legislación sobre Patrimonio Histórico: «Prólogo»*, Madrid, Tecnos (Textos legales), 35-69.
- GARCÍA-ESCUADERO, Piedad, y PENDÁS GARCÍA, Benigno (1986): *El Nuevo Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Madrid, Ministerio de Cultura, 231 p.
- GIANNINI, Massimo Severo (1976): «I beni culturali». *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1: 3-38.
- GIANNINI, Massimo Severo (1977): «I beni culturali nell'ordinamento italiano». En V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos. Ponencias y comunicaciones*. Málaga, 1975, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 513-523.
- GUARDANS I CAMBÓ, Ignasi (1992): «El comercio ilícito de bienes culturales». En *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 37-85.
- HARVEY, Edwin R. (1980): *Estado y Cultura. Política cultural de los poderes públicos en el mundo occidental*, Buenos Aires, Depalma, 213 p.
- MACARRÓN MIGUEL, Ana María (1995): *Historia de la conservación y la restauración. Desde la Antigüedad hasta finales del Siglo XIX*, Madrid, Tecnos, 189 p.
- MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles (1996): «Mercado y Cultura. Las expoliaciones de bienes culturales». Comunicación, *XI Congreso de Conservación y Restauración de Bienes Culturales*, Actas, Castellón, 3-5 de octubre de 1996, I: 491-518.
- KOVÁCS, Máté (Dir.) (1995): *Dimensión cultural del desarrollo: hacia un enfoque práctico*, París, UNESCO, 233 p.
- PEREDA, Araceli (1996): «El futuro del Patrimonio». *Temas para el debate*, 21-22: 39-42.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús (1991): «Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución». En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, II: 1551-1572.
- (1993): *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Cortes Generales y Centro de Estudios Constitucionales (coed.), 292 p.
- PROTT, Lyndel V., y O'KEEFE, P. J. (1989): *Law and the cultural heritage*, Londres/Edinburgh, Butterworths, Vol. III: Movement, 1.049 p.
- QUEROL, M^a Ángeles y MARTÍNEZ DÍAZ, Belén (1996): *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Madrid, Alianza, 438 p.
- WAISMAN, Marina (1994): «El patrimonio en el tiempo». *Boletín Informativo* (Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico), Año II, 6: 10-14.

REVISTA INTERNACIONAL DE
SOCIOLOGIA
INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES AVANZADOS
TERCERA ÉPOCA - Nº 18 - SEPTIEMBRE - DICIEMBRE, 1997

Número monográfico sobre "Tiempo y cambio social"
coordinado por M^º Angeles Durán y Ramón Ramos

ESTUDIOS

I. TEORÍA Y METÁFORA DEL TIEMPO

LA CIENCIA SOCIAL EN BUSCA DEL TIEMPO
RAMÓN RAMOS TORRE

LA IRRESISTIBLE ASCENSIÓN DE LAS MÁQUINAS DEL TIEMPO
JOSÉ CASTILLO CASTILLO

FLECHA DEL TIEMPO Y RUEDA DE LA FORTUNA
JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

II. EL USO DEL TIEMPO: UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

LA INVESTIGACIÓN EUROPEA SOBRE TIEMPO Y GÉNERO
OLWEN HUFTON

CAMBIO SOCIAL Y ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO EN LOS PAISES ESCANDINAVOS
JENS BONKE

LOS ESTUDIOS DEL USO DEL TIEMPO EN RUSIA
VICTOR ARTEMOV

USO DEL TIEMPO Y CAMBIOS SOCIALES EN LETONIA
INNA ZARINA

LA INVESTIGACIÓN SOBRE USO DEL TIEMPO EN ESPAÑA: ALGUNAS REFLEXIONES METODOLÓGICAS
M^º ANGELES DURÁN

NOTAS

PROYECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA PARA LA ENCUESTA EUROPEA DE EMPLEO DEL TIEMPO EN ESPAÑA (EET) EUROSTAT
JORGE SARRI LEGUI

LA ENCUESTA DE PRESUPUESTOS DE TIEMPO EN EL PAÍS VASCO
VICTORINO GARCÍA DE LA RED

NOTA SOBRE LA SOCIOLOGÍA DEL TIEMPO EN ESPAÑA
RAMÓN RAMOS TORRE

BIBLIOGRAFÍA COMENTADA
M^º ANGELES DURÁN y RAMÓN RAMOS



Consejo Superior de Investigaciones Científicas
SERVICIO DE PUBLICACIONES
Vitruvio, 8.
28006 Madrid (España)
Tlf. 34-1-5855070

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN 1998

Para España

Anual (3 números) 5.000 ptas.
Número suelto 1.900 ptas.

Para el extranjero

Anual (3 números) 7.700 ptas.
Número suelto 3.100 ptas.