

El patrimonio histórico en el actual modelo de estado español

por Amalia Hernández Sendín

Becaria FPU del Departamento de Derecho Administrativo

Universidad de Salamanca

Cuando nos enfrentamos al estudio de la legislación sobre Patrimonio Histórico[i] nos situamos frente a un sector cuyo tratamiento y desarrollo por la doctrina jurídica es, comparativamente, reciente, simultáneo a la evolución del Estado contemporáneo y a la positivación de los llamados “derechos fundamentales de tercera generación”. La construcción de un concepto actual de Patrimonio Histórico, de su régimen jurídico y sus funciones no puede quedar al margen del modelo de Estado en que la sociedad vigente se encuentra inmersa.

La proclamación de España como Estado social y democrático de Derecho en nuestra Constitución de 1978 marcó la ruptura con la tradición liberal de concebir al Estado y la sociedad como dos esferas disociadas. Superada la visión de un Estado gendarme que canaliza todas sus funciones en torno a medidas restrictivas y de policía, la nueva configuración política vino a consolidar un modelo en el cual los poderes públicos se convierten en agentes de cambio social con el objetivo de contribuir a superar los desequilibrios sociales y económicos. A la vez, en los términos del artículo 9.2 de la Constitución española, corresponde a los mismos promover que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y hacer factible una verdadera democracia, fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La nueva concepción del Estado parte, por consiguiente, de su consideración como sujeto activo dinamizador en el ámbito de la vida social. Le corresponde a los poderes públicos diseñar el marco y ambiente adecuado que asegure al hombre su libertad, igualdad y el libre desarrollo de su personalidad.

Así entendido, es aquí donde se manifiesta el desarrollo, difusión y promoción de la Cultura, en su más amplio sentido[ii], como objetivo absolutamente imprescindible para el ejercicio de la libertad, la igualdad, el desarrollo de la persona o el progreso político, social y económico. Y asimismo lo entendieron los constituyentes. Baste con hacer una incursión, aunque sea en el mero plano lingüístico, por el texto constitucional para percatarse de la profusión con que el sustantivo *cultura*, el adjetivo *cultural* u otras voces conexas a ésta aparecen en el mismo [iii]. Desde el propio Preámbulo de la Constitución (párrafos cuarto y quinto) se hace hincapié en la voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en sus culturas y tradiciones y de promover el progreso de la Cultura[iv].

Si en la actual Constitución española, la Cultura es presupuesto de los principios superiores del ordenamiento estatal, de la libertad y de la igualdad de los individuos, entonces queda plenamente justificada la ampliación en nuestro modelo constitucional del catálogo de derechos fundamentales a los llamados “derechos culturales”, o más concretamente, obviando la libertad de creación cultural y el derecho a la enseñanza, a la que podría denominarse “tercera generación de derechos culturales”[v], esto es, todos aquellos que garantizan el acceso a la cultura, con especial atención, por lo que a este trabajo interesa, al derecho a la protección, conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico (artículo 46 CE[vi]), en tanto instrumento de promoción cultural, pues que duda cabe del valor y carga cultural de que son portadores los bienes integrantes del Patrimonio Histórico.

Con inmediato precedente en el artículo 45 de la Constitución de la II República, la inserción de esta previsión en el texto de 1978, responde, en palabras de OROZCO PARDO Y PÉREZ ALONSO, a la sensación de “necesidad insatisfecha” que representa la conservación, acrecentamiento y el goce compartido del conjunto de bienes que recogen la identidad cultural de la comunidad, así como el acceso a tales bienes por parte de los ciudadanos, plasmado en un “derecho de acceso a la cultura y sus bienes”[vii]. A su vez, si tenemos en consideración la superación del aislamiento que tradicionalmente ha caracterizado la normativa reguladora del Patrimonio Histórico como materia ajena a otros ámbitos afines como son la política urbanística, medioambiental o turística [viii], alcanzamos a configurar el marco en el que los poderes públicos van a desarrollar sus funciones prestacionales referidas a este sector: los poderes públicos, considerando la cultura como servicio esencial, se convierten en agentes y promotores de cultura, debiendo favorecer y hacer factible el acceso de todos a la misma, en la consideración de que sólo mediante la cultura el individuo puede desarrollar libremente su personalidad y alcanzar una mayor calidad de vida[ix].

Ocurre que no todos los derechos fundamentales han sido positivados de la misma manera. Los derechos de los que hablamos se han introducido en la Carta Magna en forma de principios o valores constitucionales en el Capítulo III del Título I bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”. Ello tiene consecuencias jurídicas inmediatas puesto que si bien, como señalara en su día GARCÍA DE ENTERRÍA[x], por haber sido incluidos en el texto constitucional gozan de la garantía de ser norma jurídica vinculante con una

aplicación jurídica inmediata, su eficacia jurídica, no obstante, se traduce en una llamada a la actuación positiva de los poderes públicos sin que a la misma siga, correlativamente, un verdadero derecho público subjetivo si no es mediante una *interpositio legislatoris*[xi].

Mandato, pues, que en materia de Patrimonio Histórico, se ha cifrado en garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. El dar cumplida respuesta al interés de la Comunidad sobre el Patrimonio Histórico es una tarea que se atribuye de forma común a una pluralidad de sujetos políticos, a los poderes públicos. Una llamada a la acción que habrá de desplegarse efectivamente en diferentes campos del actuar público, en el nivel legislativo, pero sobre todo, fundamentalmente, en el quehacer ejecutivo de la administración cotidiana. Ahora bien, que el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del Patrimonio Histórico se atribuya de forma genérica a los poderes públicos, sin especificaciones, no debe hacernos pensar, sin embargo, que el ámbito de competencia será unitario y uniforme para todo ente territorial. Habrá que tener en cuenta los límites de su propio ámbito de competencia[xii].

La forma de Estado fuertemente descentralizada que se establece en la Constitución de 1978 tiene importantes derivaciones en el conjunto de funciones prestacionales de los poderes públicos. En consecuencia con lo anterior, no escapa a la territorialización del Estado social la promoción de la defensa del Patrimonio Histórico [xiii]. La constitucionalización del Estado de las Autonomías, va a incidir de manera decisiva en nuestra legislación del Patrimonio en el sentido de tener que hablar de concurrencia competencial[xiv]. Se impone así la necesidad de determinar la distribución de competencias específicas para cada uno de los niveles legislativos y administrativos. Y nuevamente aquí, la Constitución, en su línea de formulaciones ambiguas, no ha servido para aclarar el tema.

La distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas gira fundamentalmente en torno a los artículos 149.1.28º (respecto del Estado) y 148.1.16º (con relación a las Comunidades Autónomas), sin perjuicio de las estimaciones contenidas en otros preceptos del texto. De ello parece deducirse una legitimación del Estado para la promulgación de una normativa general básica para todo el territorio español, a la vez que permite a las Comunidades Autónomas dictar una regulación jurídica completa de los bienes culturales propios, "de interés" exclusivo de la Comunidad Autónoma, que en su ámbito territorial estaría por encima de la legislación estatal.

El Estado, según el artículo 149.1.28º CE, tiene competencia exclusiva en la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, así como en relación a los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, salvando la posibilidad de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, desde una visión sistemática del texto constitucional, mediante la conexión con los artículos 149.1.1º y 149.2 CE principalmente, e interpretando extensamente las posibilidades del término "expoliación", no resulta imposible una extensión de la competencia estatal, más allá del tenor literal, que ampare la capacidad normativa del Estado para dictar una Ley general de protección del Patrimonio, cuestión ésta que, a pesar de la ausencia de unidad doctrinal[xv], ha quedado definitivamente confirmada y respaldada por la trascendental STC 17/1991, de 31 de enero, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados por las Comunidades de Galicia, Cataluña y País Vasco contra la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

Por su parte, las Comunidades Autónomas, además de la competencia en materia de "Patrimonio monumental del interés de la Comunidad Autónoma" que les asigna el artículo 148.1.16º CE, tienen constitucionalmente atribuidas competencias de forma exclusiva en aspectos relacionados con la "cultura", tales como la artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música (artículos 148.1.11, 14 y 15 CE), y ello sin contar con la posibilidad que les brinda el artículo 149.3 CE de poder ampliar el techo competencial de las entidades regionales en este ámbito material a través de sus Estatutos de Autonomía.

Como podrá deducirse de estas breves pinceladas, la distribución de competencias en la materia denota cierta complejidad en su articulación o dicho en palabras de PÉREZ LUÑO[xvi] "plantea una serie de problemas cuya interpretación y adecuada solución no siempre va a ser fácil". Es decir, en la protección del Patrimonio Histórico van a confluir sobre unos mismos bienes un interés general y un interés autonómico cuyos problemas de integración van a tener que resolverse por la vía de la técnica cooperativa. La escasa claridad del constituyente español en el momento de ordenar territorialmente esta materia conduce a la necesidad de acudir a una segunda operación de deslinde competencial cuya realización se hace recaer sobre el legislador ordinario, encargado igualmente de respetar y concretar normativamente el significado de las previsiones señaladas en el artículo 137 CE. Si a tenor de éste, las entidades regionales gozan de autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses", la competencia estatal se proyectará sobre aquellos aspectos que merezcan la consideración de un "interés general".

Sin ánimo de entrar de forma más exhaustiva y rigurosa en esta problemática del reparto competencial, la conclusión que se persigue no es otra que la de poner de manifiesto cómo la definición del propio concepto de Patrimonio Histórico no es un cuestión que quede al margen del modelo político-administrativo imperante. La configuración del Estado español como "Estado complejo", desde la constitucionalización del Estado de las Autonomías, va a incidir de forma decisiva en la legislación del Patrimonio Histórico[xvii].

Es cierto que la incidencia del Estado de las Autonomías en la protección y promoción del Patrimonio Histórico alcanza su mayor grado desde la óptica de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero ello no puede hacer olvidar otro aspecto más en la órbita de las implicaciones o repercusiones políticas del mismo como instrumento de pretensiones nacionalistas.

No nos situamos frente a una materia reducida al plano técnico, ni a un problema de articulación competencial derivado de dificultades de gestión administrativa o asignación de recursos financieros. Como ha señalado BURGOS ESTRADA “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”. La evolución política experimentada en las dos últimas décadas ha ido configurando paralelamente al Patrimonio Histórico como un instrumento o arma de tinte político capaz de suscitar polémicos debates. Ya se trate de un archivo sobre la guerra civil, ya sea una famosa pintura, lo cierto es que en ellos se proyectan con frecuencia aspiraciones nacionalistas que dejan traslucir tensiones centralnacionalistas[xviii]. Tensiones cuyo fruto ha sido igualmente una hiperinflación normativa (14 leyes autonómicas y una estatal) en claro contraste con el proceso de internacionalización de las relaciones jurídicas y, como consecuencia de ello, con la adopción de medidas internacionales en materia de protección del patrimonio histórico o cultural así como con la subsunción de la legislación española en el proceso de formación de una normativa internacional del patrimonio.

[i] El empleo de esta denominación no es una cuestión del todo pacífica en nuestra doctrina. Así frente a autores como ALEGRE ÁVILA o BARRERO RODRÍGUEZ, que defienden el título de la ley estatal española de *Patrimonio Histórico*, otros, por el contrario, como PRIETO DE PEDRO, abogan por una denominación más amplia, la de *Patrimonio Cultural*, por ser capaz de englobar más elementos, si bien tampoco faltan posturas doctrinales, que al margen de esta dicotomía terminológica, prefieren el empleo de expresiones como *Patrimonio Artístico*, *Patrimonio Histórico-Artístico* o *Bienes Culturales*.

[ii] La Cultura puede concebirse desde una doble perspectiva: amplia o global, como forma de expresión de la vida humana; y sectorial, como diversidad de aspectos o sectores, que a modo de instrumento o medio, incide sobre la Cultura en sentido amplio (*ad.ex.* Patrimonio Histórico; Educación; Ciencia e Investigación...).

[iii] PRIETO DE PEDRO, J., *Culturas, Cultura y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 15, elabora una lista de los preceptos que incorporan esta voz u otras conexas a la noción de cultura.

[iv] Como ha puesto de manifiesto ALONSO IBÁÑEZ, R., en *Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultura*, Ed. Civitas-Universidad de Oviedo, Madrid, 1992, pág. 53, el término *promover* aparece desde el mismo principio en la Carta Magna, poniendo de relieve el significado especial y preciso que, especialmente en el plano de la Cultura, alcanza esta expresión. Se alude con ello a la teoría de la “funcional promocional del Derecho” que como explicara N. BOBBIO en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Colección el Derecho y el Estado, Torres, Valencia, pp. 375 y ss, consiste en abandonar la imagen de un ordenamiento protector y represivo, para considerarlo como un ordenamiento que más allá de las funciones de tutela y garantía, recurre a técnicas de alentamiento, de promoción. Este ordenamiento promocional es el que los constituyentes quisieron impulsar *ab initio* en nuestra Constitución.

[v] Para un estudio más detallado sobre las generaciones de derechos, *vid.* PORRAS NADALES, A., “Derechos e intereses. Problemas de tercera generación”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, pp.219 y ss.

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

[vii] OROZCO PARDO, G. Y PÉREZ ALONSO, E., *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*, Ed. Mc Graw-Hill, 1995, pág. 41.

[viii] Ha sido C. BARRERO quien mejor ha sabido entender y explicar la conexión existente entre estos sectores anejos en *La Ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*. Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp.175 y ss.

[ix] GARCÍA FERNÁNDEZ, J. “Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 27-28, 1988, pp.190-191.

[x] PREDIERI Y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 27 y ss.

[xi] Léase, en materia de Patrimonio Histórico, la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

[xii] ALONSO IBÁÑEZ, R. *Op. Cit.*, pág. 63.

[xiii] RUIZ-RICO, G. "La disciplina constitucional del Patrimonio Histórico en España", en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 4, 2000, pág. 67.

[xiv] ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, 2 Tomos, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, pp.643 y ss

[xv] Entre los defensores de la capacidad normativa estatal, que es la postura doctrinal mayoritaria, figuran, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, BARRERO RODRÍGUEZ, ALEGRE ÁVILA, o MUCHOZ MACHADO. En la línea contraria, reseñamos por su enérgica fundamentación a ERKOREKA GERVASIO.

[xvi] PÉREZ LUÑO, A., en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, VVAA, Edersa, Madrid, 1984, pág. 304

[xvii] BURGOS ESTRADA, J.C., "La elaboración jurídica de un concepto del patrimonio" en *Política y Sociedad*, núm. 27, 1998, pág. 53.

[xviii] BURGOS ESTRADA, J.C., *op.cit.* pág. 57.