

ENCUENTROS INTERDISCIPLINARES SOBRE LA
HISTORIA
DE LA PROPIEDAD
(Universidad de Salamanca)

- I. HISTORIA DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA, Madrid, 1999
- II. BIENES COMUNALES, PASADO Y PRESENTE, Madrid, 2002
- III. PATRIMONIO CULTURAL, Madrid, 2003
- IV. COSTUMBRE Y PRESCRIPCIÓN
(en preparación)

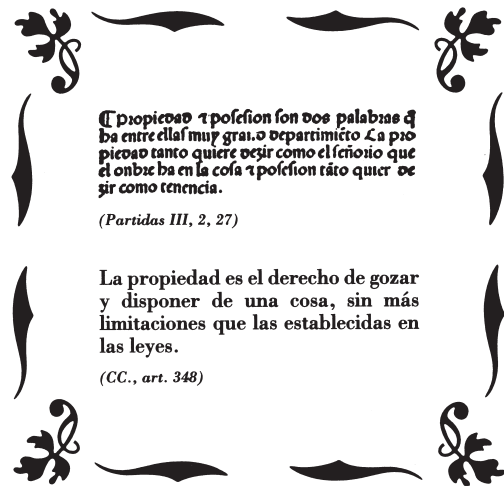
HISTORIA DE LA PROPIEDAD
PATRIMONIO CULTURAL



Servicio de Estudios
del Colegio
de Registradores

SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE,
RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO (Coords.)

HISTORIA DE LA PROPIEDAD
PATRIMONIO CULTURAL







Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE,
RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO (Coords.)


HISTORIA DE LA PROPIEDAD

PATRIMONIO CULTURAL



**La propiedad y posesion son dos palabras q
ba entre ellas muy gra.º de partimicío La pro
piedad tanto quiere decir como el señorio que
el onbre ba en la cosa y posesion ráto quier de
cir como tenencia.**

(Partidas III, 2, 27)



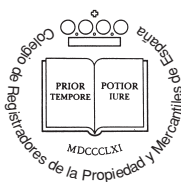
**La propiedad es el derecho de gozar
y disponer de una cosa, sin más
limitaciones que las establecidas en
las leyes.**

(CC., art. 348)



III ENCUENTRO INTERDISCIPLINAR

SALAMANCA, 28-31 DE MAYO DE 2002



Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

HISTORIA DE LA PROPIEDAD

PATRIMONIO CULTURAL

© 2003 FUNDACION BENEFICENTIA ET PERITIA IURIS

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

ISBN: 84-95240-90-4

Depósito Legal: M-43.999-2003

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

PRESENTACIÓN	9
PATRIMONIO Y SOSTENIBILIDAD: EL CASO DE LAS LENGUAS, por <i>Sebastià Serrano</i>	11
EL DERECHO HISTÓRICO COMO PATRIMONIO: REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA, por <i>Javier Alvarado</i>	21
DERECHO COMO CULTURA. EQUIDAD Y ORDEN DESDE LA ÓPTI- CA DEL <i>IUS COMMUNE</i> , por <i>Jesús Vallejo</i>	53
EL PATRIMONIO DOMÉSTICO Y SU SIMBOLOGÍA. LA CULTURA POPULAR CASTELLANA A TRAVÉS DEL AJUAR MOBILIARIO DEL HOGAR DURANTE EL ANTIGUO RÉGIMEN, por <i>Máximo Gar- cía Fernández</i>	71
LA HERENCIA ECOLÓGICA Y CULTURAL DE LA GANADERÍA TRASHUMANTE Y SU SITUACIÓN ACTUAL EN CASTILLA Y LEÓN, por <i>Jesús Sanz Fernández</i>	103
LA DESAMORTIZACIÓN Y LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES ARTÍSTICOS MUEBLES, por <i>Jesús Urrea</i>	155
LA TUTELA DEI BENI CULTURALI NELL'ITALIA MODERNA: LA TRADIZIONE DEGLI STATI PRE-UNITARI, L'UNITÀ, LA CON- TEMPORANEITÀ, por <i>Bernardo Rossi-Doria</i>	173
LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS (1858-1936), por <i>Pedro López Gómez</i>	201
PROPIEDAD INTELECTUAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMA- CIÓN EN LA BIBLIOTECA, por <i>Pilar Llopart</i>	257
PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO INDUSTRIAL. EL DEPÓSITO DE AGUAS DE SALAMANCA: UNA VALORACIÓN, por <i>Inmaculada Aguilar</i>	283
RESTAURACIÓN Y CONSERVACIÓN EN ARQUITECTURA, por <i>Giu- seppe Cristinelli</i>	307

PATRIMONIOS ARQUEOLÓGICO Y ETNOGRÁFICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL, por <i>José Luis Moreu</i>	319
LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL, por <i>Lorenzo Bujosa</i>	407
EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HISTÓRICA, por <i>Juan Manuel Alegre</i>	441
RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INMUEBLES DE INTERÉS CULTURAL, por <i>Concepción Barrero</i>	459
RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES MUEBLES HISTÓRICOS, por <i>Dionisio Fernández de Gatta</i>	493
REFLEXIONES SOBRE LA INDETERMINACIÓN Y AMPLITUD DEL PATRIMONIO CULTURAL, por <i>Fernando López Ramón</i>	525
LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL, por <i>Antonio Pau</i>	549
REFLEXIONES DISPERSAS SOBRE EL DERECHO DE LOS BIENES CULTURALES, por <i>Javier Barcelona</i>	565

Con el presente volumen, la Comisión organizadora del III Encuentro Interdisciplinar sobre historia de la propiedad cierra las jornadas de estudio que se celebraron en Salamanca durante la última semana de mayo de 2002, bajo el generoso patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y de su Servicio de Estudios. Esta edición de las actas de las reuniones, que tuvieron lugar en el Aula Miguel de Unamuno del Edificio Histórico la Universidad de Salamanca, se suma a las dos anteriores que corresponden a sendos Encuentros que celebramos en la misma ciudad y que emprendimos hace ya algo más de seis años, siempre bajo el mecenazgo de la mencionada institución registral.

El primero de los Encuentros tuvo lugar en 1998 y en él se acometió el estudio de la historia de la propiedad en su ámbito más general; el segundo, celebrado dos años después, fue dedicado a los bienes comunales. En esta tercera ocasión decidimos estudiar el Patrimonio cultural, en una muestra de adhesión a la celebración de la designación de Salamanca como Ciudad Europea de la Cultura en el año 2002. Nos proponemos celebrar el IV Encuentro en el 2004, de nuevo en Salamanca y de nuevo en primavera; podemos anticipar que el tema objeto de la reunión será «Costumbre y prescripción».

Sumándonos a la celebración de la capitalidad cultural salmantina, pero siguiendo la intención que ha presidido los Encuentros ya celebrados sobre el estudio de la propiedad, esto es, la interdisciplinariedad, presentamos un libro caracterizado por la diversidad de sus contenidos, que trata de esclarecer y de enseñar acerca del carácter cultural de la lengua, el derecho, los bienes de los pueblos, los bienes muebles e inmuebles o el paisaje y la protección jurídica que se brinda a todo este vasto y delicado patrimonio que, en algunos casos, olvida fronteras políticas. Para ello, hemos contado con juristas (civilistas, procesalistas y administrativistas), historiadores, arquitectos, archiveros, bibliotecarios y lingüistas, superando esta vez el ámbito español.

En esta ocasión la interdisciplinariedad ha venido a ser casi obligada, ya que, amén de ser nuestra intención el fomento de la misma, el asunto elegido, la cultura, abarca multitud de puntos de vista. Quizá sea el concepto de cultura, concepto escurridizo como pocos, uno de los que más ha sufrido una transformación radical en los últimos 25 años. No sólo por lo que se refiere a la aplicación del adjetivo «cultural» a ciertos tipos de bienes que en tiempos anteriores formaban parte de la cotidianeidad —como los enseres de los hogares, las fábricas decimonónicas o las cañadas— sino al hecho mismo de la manifestación cultural, que en la actualidad ha cobrado una dimensión social notabilísima que afecta a múltiples ámbitos y que ha ayudado ella misma a favorecer el gran cambio sociológico experimentado en las últimas décadas. Consecuencia de todo ello es la mirada curiosa que se dirige al pasado para rescatar la identidad individual y colectiva, y la visión que en el presente se tiene de cuidar y proteger lo recuperado para construir la cultura del futuro. Al fin y al cabo la cultura es lo que permite que los hombres se pongan en contacto entre sí y puedan desarrollar su conocimiento sobre la vida y las distintas actitudes respecto a ella.

Siguiendo con la práctica iniciada en el II Encuentro, contamos con la presencia de especialistas no ponentes que contribuyeron al enriquecimiento de los debates. En esta ocasión nos acompañó el Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria, Javier Barcelona, quien colabora, de manera generosa, también por escrito en el presente libro, a modo de epílogo. Sirvan estas líneas de sincero agradecimiento por su desinteresada labor.

En el capítulo final de esta presentación es obligado el reconocimiento a todos los que han hecho posible estas jornadas y la salida a la luz de este volumen. Por ello, una vez más, y de modo muy sincero, nuestro agradecimiento va dirigido al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, por su patrocinio y confianza; al Rector y a la Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, quienes nos dieron ánimos con su presencia en el arranque de las jornadas; y al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que contribuye a la edición de este libro.

SALUSTIANO DE DIOS

JAVIER INFANTE

RICARDO ROBLEDÓ

EUGENIA TORIJANO

Universidad de Salamanca, abril de 2003

PATRIMONIO Y SOSTENIBILIDAD: EL CASO DE LAS LENGUAS

Sebastià Serrano
Universidad de Barcelona

Abiertas de par en par las puertas del siglo XXI, nos encontramos ya inmersos del todo en esta nueva civilización que acostumbramos a denominar de la información, de la comunicación y del conocimiento y en la que hemos entrado de la mano de la explosión de las llamadas nuevas tecnologías. Esta nueva civilización ha hecho emerger un nuevo modelo de sociedad, nunca antes experimentado a lo largo de la historia, —y por esto, quizás, a menudo nos inquieta— donde la materia primera, el recurso básico y el consumo principal he aquí que ya no es el producto de la tierra, del mar o de la industria sino que, cada vez más, es un bien no material, un bien intangible como la información, base del conocimiento, que no tiene, por definición, unos límites finitos. De ahí que nuestra sociedad del conocimiento nos sitúe delante de un auténtico nuevo infinito como es el nuevo océano de la información no sometido ni a la finitud ni a la limitación de sus recursos materiales básicos, contrariamente a lo que había pasado hasta hace muy poco.

Así, la emergencia de esta nueva sociedad del conocimiento que nos convierte en verdaderas neuronas del nuevo cerebro planetario explica el porqué nos encontramos delante de cambios que vemos y leemos con los ojos más abiertos aunque muy a menudo tocados por la inquietud y la ansiedad. De hecho, es evidente que estamos delante de cambios fundamentales en el sistema y en los tipos de valores vigentes durante generaciones y generaciones, y en las estructuras políticas, económicas y de poder. Situados en este punto de la vida de nuestros colectivos, de nuestras comunidades, y del mundo entero, ha de resultar del todo pertinente el acto de reflexionar un poco sobre qué somos, de dónde venimos y, sobre todo, hacia dónde queremos ir y qué queremos para nuestra gente, nuestros jóvenes y nuestros mayores, los hombres y las mujeres de hoy y de las generaciones futuras.

¿Qué quiere decir vivir en la sociedad de la información? ¿Cuáles son los nuevos sentidos del Patrimonio? La información es de naturaleza muy diferente a la materia o a la energía, conceptos clave de la vida y del patrimonio de las sociedades anteriores. De la preeminencia de los átomos hemos pasa-

do a la de los bits. La información emerge con la vida y un ser vivo es un trozo de materia al que la información le confiere la propiedad emergente de mantener un cierto grado de independencia respecto al entorno. Y, en el largo y fascinante camino de la evolución, a medida que crecería la información crecería la independencia, pero he ahí que con ella crece también la medida de la incertidumbre. Es el peaje de la información a la segunda ley de la termodinámica. Un pez es más complejo y más independiente del entorno que una esponja pero su espacio de incertidumbre es mayor, y la del homínido mayor que la del chimpancé y del hombre o de la mujer de hoy muchísimo mayor que en el mundo medieval. Ciertamente, podemos relacionar el grado de incertidumbre con la medida de la entropía. Relacionemos información con independencia, complejidad y organización, pero nunca dejemos de correlacionarlas con impredecibilidad, incertidumbre y entropía, de modo que un crecimiento espectacular la información configurada en organizaciones cada vez más complejas lleva aparejado un crecimiento no menos espectacular de las grietas y los descosidos en las paredes y los tejidos de la organización. Es la naturaleza misma.

La información, que en los años sesenta del siglo xx aún necesitaba más de una generación para doblarse, en cantidad acumulada, llegaba a fin de siglo con un tiempo de poco más de tres años para doblarse, cifra que hoy se ha reducido a 26 meses y que quedará en 80 días al finalizar esta primera década del xxi.

De ahí podemos inferir que la emergencia de esta nueva sociedad de la información, digital i globalizada, de la que hablamos que ha multiplicado casi por infinito los depósitos de las unidades informativas y los mecanismos de codificación, descodificación y transmisión, nos enviará cada vez más a menudo la lluvia de la fragilidad y de la vulnerabilidad con las que nos tenemos que acostumbrar a convivir. Sí, tenemos que tomar conciencia del hecho que en cualquier momento podemos esperar que ocurra cualquier cosa.

También hemos de hacer constar que en ciertos momentos de gran turbulencia, la entropía —como una excepción estrella— Puede ayudar a teñir el caos de matices de significado y de sentimiento de gran creatividad cosa que ha de permitir situarnos mejor, mucho mejor, en la larga marcha de la complejidad creciente y nos puede empujar, y mucho, no sólo a superar momentos difíciles sino a transformar estos espacios de dificultad en verdaderos paraísos donde la supervivencia en buenas condiciones esté mucho más asegurada. Preparémonos para estimular y mimar estos momentos y estos espacios y en medio de este caos creativo encontrarán un sentido nuevo todas las emociones, los deseos y los objetivos que nosotros ponemos a hervir en la olla del desarrollo de nuestras lenguas y nuestras culturas.

Como personas que vamos a reflexionar sobre la propiedad y sobre el patrimonio cultural sería bueno que en las sesiones de este congreso tomáramos, todos y todas, el compromiso de reclamar para todo el mundo, en aras de este futuro en el que hemos entrado de lleno, una especie de sostenibilidad poliédrica.

¿Qué queremos dar a entender con estas palabras? ¿Qué cosa hemos de reclamar? ¿En qué nos tendríamos que comprometer? Antes que otra cosa necesitamos y queremos vivir en un entorno natural y sostenible. Tenemos que jugar fuerte a favor de una sostenibilidad en nuestro medio ambiente, de estos trozos de tierra y de mar que nuestro planeta nos encomendó. Digamos que queremos vivir en armonía con nuestro entorno. Hoy tendemos a pensar que no hay límites a la capacidad material de las personas pero he aquí que los límites nos pueden venir de nuestra propia irresponsabilidad. La sistemática degradación de nuestros ecosistemas, la insolidaridad con la naturaleza que palpamos cada día nos tiene que hacer emerger y crecer una indispensable conciencia ecológica y lo afirmamos así y aquí en el corazón de la Universidad de Salamanca, con la voz más contundente porque el tema ecológico debe devenir cada vez más un problema moral. Esto nos obliga a crear una nueva moral que debería ser, de hecho, una auténtica ética de las relaciones persona-naturaleza. Y esta fuerza moral que reclamamos nos conducirá, cada vez más, a vivir en solidaridad con la naturaleza, con el presente humano de todas las comunidades del mundo y con las generaciones futuras. En nombre de la supervivencia, del universo de nuestros patrimonios vale la pena aceptar un compromiso para que los desastres ecológicos despierten el rechazo moral generalizado como éticamente inadmisibles.

También queremos que nuestras comunidades vivan de acuerdo con los principios de la sostenibilidad cultural. El parlamento europeo declaró el año 2001 como el Año Europeo de las lenguas con la finalidad de fomentar la sensibilicen de todo el mundo sobre la importancia de la diversidad lingüística y cultural de la Unión Europea como un patrimonio cultural colectivo. De verdad, del lenguaje humano sólo un aspecto nos puede impresionar tanto como su universalidad y es su diversidad.

Toda comunidad posee un sistema de comunicación del tipo que denominamos lenguaje natural y cada uno de sus miembros lo domina perfectamente, si no está gravemente incapacitado, después de un período de aprendizaje. Las lenguas divergen entre ellas como consecuencia del principio estructural de la arbitrariedad intrínseca de la relación entre sonido y sentido y porque la facultad humana del lenguaje se concreta en múltiples posibilidades, siempre dentro de los límites establecidos por la estructura de la mente humana. La complejidad gramatical de una lengua es comparable a la de

cualquier otra —y, las diferencias en este punto no reflejan en absoluto limitaciones de las capacidades cognitivas y las funciones neuronales del hablante— y la riqueza de los repertorios léxicos respectivos es el resultado de experiencias colectivas diferentes en ámbitos territoriales y períodos históricos diferentes. Así, nada permite afirmar, con fundamento científico, que las lenguas no sean esencialmente iguales entre ellas en cuanto a capacidad expresiva.

Dar cuenta del patrimonio lingüístico de la humanidad resulta una operación arriesgada y muy difícil de realizar dada la borrosidad de los conceptos mismos de lengua y dialecto, tanto entre los lingüistas como entre sus fuentes de información, ya sean maestros, funcionarios, misioneros o nativos, la diversidad de criterios y objetivos que se puedan aplicar, la falta de censos lingüísticos en muchos países y los condicionantes de las respuestas o los prejuicios en otros. De todas formas, bien es verdad que las estimaciones más aceptadas dentro de la comunidad científica siempre nos confirman una cifra que superaría las cinco mil.

La supervivencia de esta diversidad no está, de ninguna manera, garantizada. De entrada, digamos que la misma diversidad no es nada homogénea y, así, en América habría más de 800 lenguas que representarían casi el 15% de las lenguas del mundo, mientras las 275 de Europa y el Próximo Oriente apenas si llegarían al 5%. África con más de 1500 concentraría la tercera parte de las lenguas del mundo —y un 12% de su población— mientras que Asia y el Pacífico acogen más de 2700, es decir, más del 50% de nuestro patrimonio lingüístico.

La base demográfica también es muy variada y puede ir de los 900 millones de hablantes nativos del mandarín a un grupo muy reducido, de hombres y mujeres en lenguas de Siberia, de la Amazonia o del Senegal. Incluso podemos contar media docena de lenguas con un solo hablante nativo. El 12% de las lenguas del mundo tienen menos de 150 hablantes, el 30% menos de mil, el 60% menos de 10.000, el 83% menos de 10.000 y el 95% menos de 1 millón.

A esta distribución geográfica y demográfica desigual de la diversidad lingüística habría que agregarle el desequilibrio lingüístico mundial medido por el número de mensajes producidos y por el alcance de estos mensajes. El tráfico de información vehiculada lingüísticamente es claramente desigual. Mientras en una lenguas se produce y vehicula una cantidad de información inasimilable, en otras apenas se producen los mensajes necesarios para el mantenimiento de la vida cotidiana. A la desigualdad en la producción corresponde una desigualdad en la recepción: es decir, mientras los pueblos opulentos hacen llegar sus mensajes —muchos de los cuales son irrelevantes—

tes — a todo el mundo, se hacen sordos a la llamada de los pueblos más necesitados.

He aquí como, en un mundo globalizado con estructuras políticas supranacionales y supraestatales con ámbitos de intercambio económico sin fronteras, espacios de comunicación interlingüísticos e interculturales, con nuevos contingentes migratorios que se desplazan hacia los países industrializados desde otros continentes, con un desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías de la comunicación que conduce a crear depósitos con cantidades casi infinitas de información transportable con gran facilidad a los más diversos dominios, el paisaje del patrimonio lingüístico mundial ha devenido un auténtico juego de equilibrios de gran complejidad.

Y no resulta nada exagerado afirmar que la diversidad lingüística y cultural del planeta está gravemente amenazada. Algunos expertos (NETTLE, 1999) apuntan la cifra de 10.000 hablantes como la base demográfica mínima para la supervivencia de una lengua a muy corto plazo (menos de medio siglo). Unas 3.000 lenguas tendrían sobre sí la amenaza casi inmediata de su desaparición.

Y según cálculos prospectivos que asumen la pertinencia de diversos criterios —como el estatus jurídico de las lenguas o la existencia de medidas políticas de protección y promoción, además del número de hablantes y de su distribución territorial y por grupos generacionales— las cotas de destrucción de la diversidad lingüística en los últimos tiempos son de tal magnitud que nos hace pensar que al cierre del siglo XXI llegarán con vida menos del 10% de las lenguas vivas hoy en día.

Este hecho representa estar a las puertas de una catástrofe cultural de magnitudes aterradoras ante la cual todas las personas preocupadas por la conservación de nuestro patrimonio cultural, por la sostenibilidad de nuestro planeta, no podemos permanecer indiferentes. Amigas, amigos, una buena parte de nuestro patrimonio colectivo como humanidad está desapareciendo ante nuestros ojos.

Si apostamos por la sostenibilidad cultural quiere decir que instamos a intervenciones a favor del mantenimiento de la diversidad lingüística a través de actuaciones internacionales coordinadas que desde los organismos comunes que la humanidad empieza a tener hasta los poderes públicos más locales impulse una toma de conciencia clara de la crisis de la linguodiversidad y haga emprender a cada nivel de gobierno las acciones posibles a fin de hacer reversibles, en la medida de lo posible, las condiciones actuales que conducen a la pérdida de las lenguas de los distintos universos culturales humanos.

Apostamos por el despliegue de los componentes positivos de la globalización para el conjunto de los pueblos de nuestro planeta, por la sensibilidad lingüística y cultural, sensibilidad que significaría hacer todo y más para conservar, reconfigurar y normalizar una buena parte de nuestro patrimonio lingüístico. Proclamar la necesidad de unos criterios de sostenibilidad lingüística querrá decir transformar una parte de las cuestiones lingüísticas en cuestiones morales y por esto necesitamos reclamar una verdadera conciencia lingüística.

La sostenibilidad cultural que reclamamos acogerá toda la riqueza, oral y escrita, que generaciones anteriores nos han legado, relacionada con la religión, la fiesta, los rituales, la magia, el canto, la narrativa popular o culta, la música, los saberes relacionados con la salud, el cuerpo, la tierra, la mar o el cielo, o las normas, todo lo escrito y lo no escrito que configura la memoria colectiva de los pueblos. Nuestro patrimonio lingüístico y cultural es lo que nosotros somos, lo que nos identifica y lo constituyen los signos de nuestra pertenencia. Por esto reclamamos una firme afirmación relacionada con la dignidad de todas las lenguas del mundo y apuntamos la sostenibilidad como estrategia más adecuada para su conservación.

Reclamamos también vivir de acuerdo con los principios de sostenibilidad social. No vale esconder la cabeza debajo del ala ni cerrar los ojos ante las grandes diferencias sociales o de la degradación de la vida cotidiana comunitaria que parecen ofrecer los nuevos modelos de sociedad emergidos de la complejidad introducida por la información y el conocimiento. Muy probablemente, una de las causas del problema hay que buscarla en la pérdida de lazos tanto si hablamos desde el punto de vista individual como colectivo, de lazos que hacen familia, pueblo, sociedad, comunidad. Lo verdaderamente nuevo, hoy, es un gran déficit de cohesión. Sí, aquello que unía se deshilacha, se desliga, por todas partes. Existe un problema de raíces, de identidad, individual y colectiva. De ahí nuestra necesidad de ver la sostenibilidad social tan ligada a la ecológica y la lingüísticocultural. El entorno armónico nos enraíza y la cultura acumulada a través de nuestras lenguas es la red suave que da sentido a los lazos y a las relaciones. Si reclamamos una conciencia ecológica y una conciencia lingüísticocultural también reclamamos como complementaria del todo una verdadera conciencia social que nos tendría que conducir a una reconfiguración moral.

Necesitamos, como el pan que comemos, la producción social de un sentido de las cosas y las relaciones, un nuevo sentido para la vida social de nuestras comunidades, un sentido que antes venía dado por las grandes instituciones como la religión, el trabajo o la familia y que resulta ser necesario en la vida de los hombres y de las mujeres. En pocas palabras, necesitamos

de un proyecto común para la vida social de nuestra gente capaz de no solo animar sino, incluso, entusiasmar, de hacer brotar la energía moral suficiente para redefinir una red de lazos que conduzca a hacer hervir la olla de las relaciones sociales y facilite del todo las relaciones intergeneracionales, interfamiliares e intergrupales. Nadie ha de quedar descolgado de la nueva red donde habrá un lugar de privilegio para las personas con disminución física o mental y donde los problemas de las personas y las familias serían problemas sociales. Valores como la lealtad, la fidelidad, la paciencia, la solidaridad, el afecto, la curiosidad, la ternura, la actitud positiva o la compasión los tendríamos que llevar escritos con letras bien visibles en la libreta personal de cada uno de nosotros. Y así podríamos decir, algún día, que nuestras comunidades, por fin, son sostenibles socialmente.

Dejadme añadir otra cara a la sostenibilidad, la personal. Sí, nos ha tocado vivir en un mundo extraordinario, pero también extraordinariamente complejo como resultado del incremento inmenso de la información y del conocimiento. Tal como hemos dicho antes, este mundo tan complejo nos convierte en muy vulnerables ya que ayuda a enraizar en nuestro interior las malas hierbas del desasosiego, el estrés, la desconfianza o la ansiedad. La ansiedad parece crecer sin freno en los cerebros de nuestra gente y, muy especialmente, de los más jóvenes a quienes tendremos que enseñar a vivir con la fragilidad. Este mundo complejo, a veces, parece que nos quiera cada vez más acelerados, más aislados y más desequilibrados.

Y de ahí que veamos conductas agresivas o violentas en la escuela, en las casas, en las calles o en la empresa. Queda bien claro que es necesario pedir, en el seno de cada comunidad, unas condiciones que favorezcan el advenimiento de una sostenibilidad personal a fin de que las personas y sus vidas encuentren aquella armonía capaz de encaminarlas hacia espacios de felicidad.

He empezado hablando de información, comunicación y conocimiento y con las ideas de patrimonio y de sostenibilidad hemos viajado de la ecología a la lingüística, la sociología o la psicología para reclamar un mundo en el que valga la pena vivir, una sociedad sostenible con amplias avenidas que conducen al mejor de los patrimonios, el de la felicidad. Exploremos durante estos días del congreso todas sus posibilidades y a través de contactos y tactos intercambiamos información y conocimiento hasta ver si somos capaces de generar situaciones de caos determinista a fin de que con el mimo y el estímulo suficiente, como propiedades emergentes surjan entre nosotros verdaderos espacios de felicidad.

**EL DERECHO HISTÓRICO
COMO PATRIMONIO: REFLEXIONES
SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO
EN LA EDAD MEDIA**

Javier Alvarado
UNED

Una de las características de la modernidad es la tendencia a juridificar todo y, si es posible, a conceptualizarlo en términos de derechos subjetivos. Se habla de un derecho a la educación. También se invoca un derecho a la cultura y al patrimonio histórico (como derechos de tercera generación) que, en su sentido más amplio, implica un derecho a conservar y conocer la Historia como memoria colectiva de los grupos humanos.

Este derecho a la Historia, que convierte a los historiadores en una suerte de sacerdotes o sabios que monopolizan la labor de recuperar e interpretar el pasado para traducirlo en términos actuales y comprensibles que lo hagan pasado presente, conlleva una labor científicamente delicada y no exenta de apriorismos o prejuicios ideológicos o culturales con los que ese «pasado» puede manipularse y adulterarse. Por eso se ha dicho que no hay más Historia que la historiografía, es decir, la que nos llega previamente subjetivizada por el historiador.

Se habla de un derecho a la cultura. Ahora bien, ¿a qué cultura nos referimos?, ¿a la cultura dominante?, ¿a la cultura que ha escrito la Historia? Hay una cultura en singular (por ejemplo la cultura de la aldea global), pero también hay culturas en plural. Hay una cultura dominante, hay culturas «recesivas» y hay culturas emergentes.

En relación con esto, también cabe hablar del derecho como cultura y, por tanto, del derecho a la cultura histórico-jurídica. A ella nos vamos a referir a continuación, limitándonos a plantear algunos *ritos*, *mitos* y *equívocos* (utilizando una intitolación carobarrojana) de la reciente iushistoriografía.

Concretamente a dos interpretaciones dominantes, dos escuelas con sus sacerdotes y su culto. Dos visiones antagónicas de la historiografía medieval; la germanista y la romanista que siguen todavía en nuestros días defendiendo una manera de entender la cultura medieval.

Para los autores «germanistas», la caída de Roma conllevó no solo la crisis del derecho romano, sino, sobre todo, el paulatino desarrollo de la cultu-

ra y derechos nacionales de los germanos, especialmente de sus usos consuetudinarios. Estos se comenzaron a fijar por escrito al amparo del armazón dogmático que proporcionaba el derecho romano de la época. Sin embargo, esta simbiosis cultural entre romanos y germanos, estos últimos ahora población dominante, no siempre fue pacífica.

En el caso de los visigodos, la escuela germanista opina que las elites adoptaron los hábitos culturales de la aristocracia romana de modo que el derecho escrito visigodo constituyó un conjunto de leyes cuya profunda romanización impidió su orservancia por las clases más humildes de la población. Frente a este derecho culto, elitista y romanizante, en las áreas rurales siguió vigente el derecho germánico consuetudinario, incluso a pesar de ser perseguido por el derecho oficial. Se produjo así, un desfase o divorcio entre el derecho oficial y el derecho de la práctica.

En definitiva, se ha supuesto que en la España visigoda el derecho escrito apenas tuvo aplicación debido a su excesivo romanismo, mientras que el derecho mayoritariamente aplicado fue el consuetudinario de los antiguos godos.

Tras la invasión musulmana, al desaparecer la maquinaria administrativa que imponía un derecho elitista y perseguía el derecho popular, asistiremos al auge y florecimiento de la cultura germana popular; Cantares de gesta como el poema de Fernán González, Mio Cid, los Sietes Infantes de Lara, etc. En el terreno jurídico, durante la Alta Edad Media, ese derecho popular se fijará por escrito mediante fueros municipales o cartas pueblas.

Contrariamente, para la tesis romanista, la historia del derecho no es sino la del desarrollo del derecho romano, es decir, que no hay más historia jurídica que la historia del derecho romano. En consecuencia, el derecho visigodo o el derecho hispánico altomedieval es definido como una modalidad epigónica del derecho romano vulgar. Se minimiza la presencia e influencia del derecho consuetudinario godo y del desfase entre en derecho oficial y el de la práctica. Es más, esta tesis historiográfica afirma que el derecho oficial, fue el vivido y aplicado por la inmensa mayoría de la población.

Durante la Alta Edad Media, el grado de vigencia y aplicación del derecho escrito visigodo, personificado en el Liber Iudiciorum es objeto de discusión. Escasa o nula vigencia para los germanistas, plena aplicación para los romanistas.

En suma, dos interpretaciones distintas de lo que, durante los siglos V a XI, fue la cultura jurídica dominante.

Conviene, no obstante, introducir algunos elementos de reflexión en este vivo debate. Primeramente, cuando se habla del *derecho romano* o de *dere-*

cho germano, ¿a que derechos nos referimos? Es más, se suele hablar de derecho romano y derechos germanos. El título así enunciado contiene un importante apriorismo conceptual que conviene aclarar. Derecho romano, en singular, y derechos germanos, en plural. No se dice derechos romanos, en plural, ni derecho germano, en singular. Se parte de que el orden jurídico europeo altomedieval fue fruto, en gran medida, de la lenta confluencia de *un* derecho romano con los *diferentes* derechos de los pueblos germanos.

Estas observaciones vienen a propósito de que, en rigor, en el transcurso de la historia de Roma (de su Monarquía, su República, su Principado o Imperio) han existido varios «derechos»: hay que distinguir entre un derecho romano arcaico, un derecho preclásico, un derecho romano clásico, un derecho romano postclásico o tardorromano, un derecho romano justiniano o bizantino y un derecho romano vulgar. Todas estas manifestaciones del derecho romano no son necesariamente etapas cronológicas sucesivas sino creaciones originales derivadas de la propia realidad histórica que, yuxtaponiéndose, convivieron entre sí.

Pero no solo resultaría inexacto hablar de «derecho romano» en singular, sino que el que influyó más directamente en la cultura medieval, es decir, el llamado «derecho romano vulgar», plantea enormes problemas en su definición. Así, por ejemplo, se afirma que el derecho romano vulgar surge y convive paralelamente con el derecho romano postclásico¹ (con el derecho justiniano instalado en la península ibérica e itálica por los bizantinos) y con los ordenamientos indígenas. Ciertamente, las autoridades romanas mantuvieron la política de respetar los derechos locales de aquellas comunidades aliadas —*civitas liberae et immunes*—. Incluso también solía hacerlo con aquellas poblaciones o tribus sometidas —*civitas stipendiariae*—. Los jueces provinciales romanos no intervenían más que en asuntos mixtos o cuando el *foedus* o las autoridades indígenas lo indicaran. La concesión del *ius latii* no alteró este estado de cosas dado que solo otorgaba la posibilidad de regirse por el derecho romano en algunas cuestiones fundamentalmente comerciales —*ius commercii*—. La *constitutio Antoniniana* del 212, al extender el *ius civile* a todos los habitantes del Imperio, conllevaba la relegación de los derechos locales a la categoría de costumbre jurídica.

Sin embargo, el escaso grado de romanización de muchas provincias, la escasez de textos, la complejidad o, mejor dicho, la inadecuación de las normas a la realidad social y las resistencias mentales a un derecho fundamen-

¹ Aunque el fenómeno del vulgarismo jurídico se intensifica en época tardorromana, B. Biondi señaló que ni todo derecho postclásico es vulgar ni todo derecho vulgar es postclásico, «*Diritto romano volgare in Occidente*, en *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1965, pág. 368.

talmente urbano, supusieron la provincialización o ruralización del derecho romano, más que su territorialización. Aunque, por las razones apuntadas, el fenómeno de vulgarización del derecho romano tiene su fecha de partida en el año 212, hay otras fechas simbólicas o hitos de inicio de este fenómeno: así, los años 235 a 284 de anarquía militar en los que, la pasiva inhibición de la Cancillería imperial forzó a las Administraciones provinciales a tomar la iniciativa en materia de interpretación del derecho. Es en estos momentos cuando se procede a epitomar a los jurisconsultos clásicos (Epitome de Gayo, Sentencias y Reglas de Paulo) para hacerlos más accesibles a los juristas de provincias y prácticos del derecho.

A partir del siglo IV, la decadencia de la escuelas de derecho, la ausencia de buenos jurisconsultos, el desinterés por el método jurídico y la perfección de la norma, transformará la mentalidad de los juristas de la Cancillería Imperial haciéndoles más receptivos a la realidad del derecho practicado en las provincias. Pero las necesidades políticas y fiscales del Emperador llegarán, en muchas ocasiones, a forzar soluciones normativas que se alejaban de la realidad social de las provincias. Así se llegará también a un cierto desfase entre el derecho oficial y el derecho de la práctica que no conviene exagerar, dado que son precisamente las constituciones imperiales una de las principales fuentes de conocimiento del derecho vulgar.

El autor de la expresión *Vulgarrecht*, BRUNNER², señaló como causa de este fenómeno la provincialización del derecho y su degeneración respecto al de la metrópoli. A esto Gaudemet matizó que no hay que confundir los derechos locales con el vulgarismo jurídico, pues si así fuera habrían varios derechos romanos vulgares y no uno solo³. Pero conviene tener en cuenta que la Cancillería Imperial fue un verdadero órgano de universalización del derecho local al recoger, en las constituciones imperiales, prácticas locales que, a partir de ese momento, se convertían en derecho para todo el imperio. Ejemplo paradigmático de esto es la famosa ley del ósculo. En efecto, una constitución dada para las Hispanias por Constantino en el año 366, recogida en el *Codex Theodosianus* 3,5,6 y seleccionada en el Breviario del Alarico, obliga a la novia, *sponsa*, a devolver al novio las donaciones sponsalicias en caso de no celebrarse el matrimonio. Sin embargo, la novia puede retener una parte de ellos si en la ceremonia de sponsales el novio besó a la novia. Esta forma de indemnización a la novia puede explicarse entendiendo el ósculo como eufe-

² Heinrich BRUNNER, «Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde», Berlin, 1880 (reed. Scientia, Aalen, 1961), pág. 113, por analogía a la contraposición entre el latín clásico y el *Vulgarlatein* como lengua vivida.

³ J. GAUDEMET, «A propos du Droit Vulgaire», en *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, pág. 275.

mismo de la cópula y, por tanto, un medio por el que la novia se aseguraba una compensación económica para el caso de que el novio la abandonase después de las relaciones prematrimoniales. Pero lo importante de esta norma es que, según Séneca, tenía su origen en una antigua costumbre de los pueblos prerromanos de Córdoba. La cancellería imperial no había hecho más que universalizar, es decir, romanizar, una práctica local indígena.

Es evidente la inferior calidad técnica del derecho romano vulgar⁴, pero no porque sea creado por no juristas, sino porque es elaborado por juristas de la práctica, alejados de las reflexiones especulativas y los problemas sobre el método y la técnica jurídica. WIEACKER enmarca el fenómeno dentro de una mentalidad más amplia típica de toda época, el vulgarismo, caracterizado por el rechazo a la abstracción y el predominio de criterios utilitarios y, por tanto, emocionales y morales⁵. En definitiva, auge de las culturas provinciales, más que derrumbe del clasicismo, solo homogeneizadas, en lo jurídico, por medio del Código legislativo⁶. En todo caso, parece que el Derecho Romano Vulgar no puede entenderse sin tener presente la receptividad de la Cancillería Imperial, la creciente autonomía de la escuelas de derecho provinciales y, sobre todo, el auge y vitalidad de los derechos provinciales⁷.

¿Cuales eran estos derechos de las provincias? En definitiva, ¿como era el derecho existente en Europa cuando comenzaron a fijarse por escrito las leyes de los reinos germanos? Junto al derecho nacional de los provinciales (derechos celtas, germanos, etc.), hay que señalar la influencia del cristianismo así como las propias transformaciones o adaptaciones del derecho romano. Por tanto, el derecho romano vulgar responde a una realidad jurídica plural. Ello significa que, en muchas ocasiones, bajo el nombre de «derecho romano vulgar» se incluyen manifestaciones jurídicas que, originariamente, nada tiene que ver con el derecho romano.

⁴ E. LEVY, «*West Roman Law. The Law of Property*», Philadelphia, 1951 págs. 2 y ss.; M. KASER, «*Das römische Privatrecht*», II, München, 1975, pág. 5; F. CALASSO, «*Medio Evo del Diritto*», I, Milano, 1954, pág. 65, entre otros.

⁵ F. WIEACKER, «*Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*», Heidelberg, 1955 y «*Vulgarrecht und Vulgarismus. Alte und neue Probleme und Diskussionen*», en *Studi in onore di Biscardi*, I, Milano, 1982, págs. 33 y ss. Idea con gran aceptación entre los romanistas.

⁶ Vid. Ch. DAWSON, «*La formazione dell'unità europea dal secolo V al XI*», Torino, 1939; Peter BROWN, «*The World of Late Antiquity from Marcus Aurelius to Muhammad*», London, 1971; H.I. MARROU, «*Décadence romaine au antiquité tardive? III-VI siècle*», Paris, 1977.

⁷ El estado de la cuestión puede verse en J. BURILLO, «*Derecho romano vulgar. Estado de la cuestión a 1964*», *Revista de Derecho Notarial* 47, 1965, págs. 1-28. Para después de esa fecha A. CALONGE, «*Reflexiones en torno al denominado derecho romano vulgar de Occidente*» en *De la antigüedad al Medioevo. Siglos IV-VIII*, Madrid, 1993, págs. 363-376. Últimamente ha reflexionado sobre el tema Paolo GROSSI, «*El busca del orden jurídico medieval*» en «*De la Ilustración al liberalismo. Simposio en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, pág. 50.

Por supuesto que no hay que dubitar el valor del derecho romano como vehículo de transformación del derecho local en derecho general y el papel de la romanización al asegurar la pervivencia de las culturas locales y provinciales al convertirlas en culturas universales. Pero tampoco hay que perder de vista el hecho de que, muchas veces, bajo el concepto de derecho romano vulgar se encuentran normas que no tienen de romano más que el estar escritas en latín. Veamos algunos ejemplos de vulgarización del derecho romano.

Una constitución de Constantino permite testar al soldado herido de muerte en plena batalla escribiendo con su sangre y sobre la vaina de la espada el nombre del heredero⁸. Esta práctica choca con la concepción solemne, rígida y formalista del *testamentum* romano y, específicamente, con la privilegiada forma de testar concedida por el derecho romano a los soldados: el *testamentum militis*. Esta y otras disposiciones han suscitado una viva polémica sobre la exacta influencia de los derechos prerromanos que dista de estar solucionada⁹.

Otro ejemplo lo constituye el progresivo acercamiento entre el testamento y la *donatio mortis causa*. Dos instituciones distintas de época clásica, el testamento como disposición de bienes a título universal para después de la muerte, y la *donatio mortis causa* como acto de disposición de una parte de los bienes con efectos para después de la muerte, ahora se diferenciarán no por su distinta naturaleza jurídica, sino por el estado de salud del causante. Así, el testamento será un modo de disponer de los propios bienes solo cuando el testador esté en peligro de muerte (*in articulo mortis*), mientras que la *donatio mortis causa* será el medio de disponer de la herencia cuando el otorgante esté sano.

Podríamos citar más ejemplos de vulgarización del derecho romano ocasionado por la influencia de las ideas morales o sentimentales sobre el derecho clásico. Así, los juristas clásicos prohibirán los *pactos sucesorios dispo-*

⁸ C. 6,21,15: «... si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore...». No aparece recogida en el *Codex Theodosianus*.

⁹ Defendieron las influencias prerromanas Enrico BESTA, «La persistenza del diritto volgare italico nel medioevo», en *Rivista di legislazione comparata*, III, 1905, págs. 5 y ss.; Arrigo Solmi, «Contributi alla storia del diritto comune», Roma, 1937, págs. 45 y ss, especialmente pág. 65. Combatió las tesis de BESTA Y SOLMI Francesco BRANDILEONE, «Il diritto romano nella storia del diritto italiano», en *Archivio giuridico*, 86, Roma, 1921, ahora en «*Scritti di storia del diritto privato italiano*», vol. I, Bologna, 1931, pág. 21 y ss. que las atribuye a arcaísmos romanos. Insistió en las influencias prerromanas Bruno Paradisi, «*Quelques observations sur un thème célèbre (à propos de E. Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar-Böhlhaus, 1956)*», en *Studi sul medioevo giuridico*, I, Roma, 1987, pág. 25. Estado de la cuestión en Giulio VISMARA, «*Le font del diritto romano nell alto medioevo secondo la più recente storiografia (1955-1980)*», en *Scritti di storia giuridica*, I, cit., pág. 519 y ss.

sitivos, es decir, aquellos por los que dos o más personas disponen de la sucesión de un tercero aún vivo. Y se prohíben porque estando vivo el causante, no hay todavía sucesión posible, es decir, el pacto carece de *causa*. Sin embargo el derecho romano vulgar rechazará tales pactos no por motivos técnico-jurídicos, sino por razones morales, concretamente por ser un pacto macabro que gira en torno a la muerte de una persona¹⁰.

El llamado derecho romano vulgar puede también adoptar criterios opuestos al derecho romano clásico. En derecho clásico, a consecuencia de la autoritaria y sacral concepción de la patria potestad ejercida por el *pater familias* (que tiene un *ius vitae et necis* sobre sus hijos) se mantiene el principio de que los hijos adquieren para el padre. Esto implica la prohibición de que los hijos adquieran cosas del padre así como la nulidad de las donaciones del padre a sus hijos. Pero al entrar en crisis la concepción autoritaria del *pater familias*, su *potestas* ya no se concibe como poder sino como cura o protección. A partir del año 260 se permiten las donaciones del padre a sus hijos, es decir, se vulnera el principio de derecho clásico, no derogado expresamente y por tanto vigente, de que los hijos solo son instrumentos de adquisición para el padre. La aplicación de este principio había originado grandes problemas pues, por ejemplo, si el hijo solo adquiere para el padre ¿que sucede con los bienes de la madre que a la muerte de esta se reservan a los hijos? Los jurisconsultos de Constantino, para conciliar el derecho clásico con las necesidades sociales recurrieron a la ambigüedad de suponer que el padre adquiriría tales bienes no en propiedad sino en posesión con prohibición de enajenarlos. Sin embargo los juristas de la práctica diaria, los de las provincias, solucionaron el problema de manera más expeditiva: el padre tenía tales bienes no solo en posesión sino también en usufructo. Así, aunque esta idea no chocaría ya contra el principio clásico de que los hijos adquieren solo para el padre, pues este adquiere el usufructo, lo cierto es que en realidad se establecía una innovación contraria al principio clásico dado que los hijos estaban adquiriendo la propiedad en perjuicio del padre. Este estado de cosas es reconocido oficialmente en el año 452 por Valentiniano III (Nov. 35=Breviario 12)¹¹.

¹⁰ El fenómeno es más visible en el Imperio Romano de Oriente. Así por ejemplo, mientras que para los juristas clásicos los *pactos renunciativos* a la herencia son nulos porque jurídicamente la condición de *suus*, es decir, de heredero, es irrenunciable al ser atributo de la persona en cuanto miembro de una *gens*, para Justiniano dicho pacto de renuncia es nulo no por razones jurídicas, sino éticas. Se trata de evitar las renunciaciones debidas a coacciones ejercidas sobre los herederos. Vid. A. SEGRÈ, «L'applicazione del diritto romano nelle provincie orientali dell'Impero dopo la constitutio antoniniana», en Riv. italiana per le scienze giuridiche, serie III, vol. II, 1948, pág. 419 y ss.

¹¹ Vid. A. OTERO, «Liber Iudiciorum 4,5,5. En torno a las limitaciones de la patria potestas», AHDE 41, 1971, págs. 132 y ss. La *Novella* establecía que si la madre fallecía intestada, la herencia pasaba al padre en usufructo hasta que los hijos alcanzaran los veinte años, en cuyo caso se les entregaría la mitad de los bienes.

La falta de preparación de los juristas provinciales puede comprobarse en algunas *interpretationes* que acompañan a las *leges* o los *iura*. Como es sabido, tales comentarios son producto del desconocimiento o dificultad para entender los *iura*, *senatusconsulta*, *edicta* o las *constitutiones*, así como de la necesidad de dar soluciones o adaptar el derecho oficial a la práctica. Las *interpretationes* no son, por tanto, reflejo del derecho de la práctica sino, al menos, derecho pensado para ser aplicado.

Un ejemplo de ello se encuentra en las Sentencias de Paulo que establecen que caso de no haber herederos en primer grado, sucederán los parientes de segundo grado y, en su defecto, los de tercer grado. Los juristas provinciales no comprendieron este texto e interpretaron que podían instituirse herederos consecutivos, es decir, que los herederos podían turnarse en la posesión y disfrute de la herencia.

Sería ocioso citar más ejemplos demostrativos de la ruralización operada en el derecho romano a partir del año 212 y más concretamente con la desaparición de la jurisprudencia clásica en la gran crisis del siglo III, y con ella, de la barrera que contenía la irrupción en el derecho oficial de los derechos consuetudinarios autóctonos, especialmente de los pueblos germanos, y de las corrientes romanovulgares de los juristas provinciales. Tras la caída de Roma en el 476, desaparece también la fuente de creación del derecho romano. A partir de ese momento el derecho romano, privado de su motor autónomo, seguirá una evolución diferente en cada uno de las monarquías de la Europa occidental.

En definitiva, el concepto de derecho romano vulgar es útil en la medida en que sirva para definir un peculiar momento de la evolución del derecho romano, pero ¿hasta que punto no se ha abusado de él para extenderlo a todos los ordenamientos jurídicos desarrollados en la Europa medieval? ¿Acaso todos ellos se explican en la peculiar evolución del derecho romano? ¿No cabe admitir el desarrollo de un derecho distinto del romano? Basta leer la *Lex Ribuaria*, la de los francos salios o la de los Turingios para que nos asalten las dudas. Si aceptamos la existencia de un derecho surgido de la recíproca influencia del derecho romano y el derecho germánico, ¿no sería más exacto hablar de un derecho romano-germánico o germano-románico?

¿Cuales eran los textos jurídicos por los que se regían los diferentes pueblos germanos? Los francos, divididos desde el siglo III en dos ramas: ripuarios y salios, llegaron a constituir un poderoso reino en el año 486 con el salio Clodoveo tras vencer a los romanos y eliminar al último rey ripuario Sigiberto. Llevado de una política expansionista abrazó el catolicismo logrando la adhesión de la población galorromana para vencer a los visigodos y langobardos arrianos. Entre los años 508 y 511 se llevó a cabo por cuatro pruden-

tes la recopilación del derecho consuetudinario franco. El texto fue denominado *Pactus legis salicae* porque fue aprobado por el rey y la Asamblea popular. Comprendía 65 capítulos redactados en tosco latín la mayoría de los cuales contienen tarifas de composiciones pecuniarias según la costumbre germana.

En el año 531 los francos habían sometido a los turingios, en el 534 a los burgundios, en el 536 a los alamanes y expulsado de Provenza a los ostrogodos de Teodorico el Grande. Los hijos de Clodoveo efectuaron algunas adiciones a la *lex salica* con el nombre de *Pactus pro tenore pacis*. Esta *lex* fue objeto de dos recensiones en época merovingia y de otras dos en época carolingia hasta alcanzar su forma definitiva con Carlomagno el año 803. Desde el siglo VII muchos de los capítulos de la *Lex Salica* van acompañados de un comentario para aclarar a los no versados en latín algunos terminos jurídicos. Se les llama Glosas Malobérgicas (de *Mallus*: tribunal).

La *Lex Salica* regula el procedimiento judicial ante el *mallum* o Asamblea y las sanciones que este debe imponer por la comisión de diversos delitos: hurto de cerdos, vacas, cabras, perros, etc.; daños en el sembrado, huertos, árboles; daños, lesiones, muerte cometida por libres o siervos, rapto de mujeres, ruptura de la paz de la casa, responsabilidad colectiva en determinados delitos, anefag, ordalías del caldero y del duelo, cojuradores, etc. En definitiva, contenía derecho fundamentalmente germano.

En ese mismo año 803 se añadieron algunas disposiciones a las leyes francas de los ripuarios, el *Pactus legis Ribuariae*, redactado en el siglo VII. La *Lex Ribuaría* recoge instituciones características del derecho germano como la prueba de cojuradores, la del agua caliente, el anefag, etc. Los francos, que habían sometido a los bávaros en el año 540, les permitieron regirse por su derecho consuetudinario. Este fue fijado por escrito entre los años 744 y 748 bajo el duque Odilo con el nombre de *Pactus o Lex Baiuvariorum*. Junto a influencias francas y alamanas, la *Lex Baiuvariorum* se inspira en el Código de Eurico, las Etimologías de San Isidoro y los Concilios de Toledo, lo que ha hecho suponer que su redactor, Eberswind, fue un monje visigodo que huyó de Hispania tras la invasión musulmana. La legislación bávara fue adicionada por el duque Tassilio (748-788) y por el propio Carlomagno. La misma influencia visigoda y canónica se observa en la *Lex Alamannorum* redactada bajo el duque Landfredo entre los años 712 a 725 sobre la base de un *Pactus Alamannorum* anterior del siglo VII.

En la Dieta de Aquisgrán celebrada en el año 803 y 803 Carlomagno autorizó también la redacción de los derechos consuetudinarios nacionales de los Franco-Chamavos, Turingios, Sajones y Frisios. La *Lex* o *Ewa Chamavorum* era una recopilación de algunas costumbres de los francos establecidos en

Utrech. Además de las habituales tablas, al uso germano, de composiciones, ordalías, etc, excluye a las hembras de la herencia de los inmuebles hasta el quinto grado de parentesco.

Carlomagno impuso el año 772 a los sajones, sometidos desde el año 772, las condiciones de paz en la *Capitulatio de partibus Saxoniae* reprimiendo el paganismo y asegurando el predominio político y jurídico de la población franca. Sin embargo, años más tarde, en la dieta de Aquisgrán, permitió la elaboración de un *Liber legis* que recogiera el antiguo derecho sajón. También permitió a los frisones la redacción de su derecho consuetudinario, la *Lex frisionum*, en la que apreciamos prácticas procesales típicas de los pueblos germanos como la caldaria, las suertes, cojuradores, juramento expurgatorio, etc. La diversidad de pueblos y legislaciones dentro del reino franco desarrolló el principio de personalidad de las leyes. Cada nacional podía regirse por su propio derecho : «*ut unusquisque homo suam legem pleniter habeat conservatam*» (Capitula reg. Franc. I,25). Pero ¿que derecho se aplicaba en las situaciones mixtas? En materias de derecho político administrativo se aplicaba el derecho franco salio y las capitulares. En cuestiones de derecho privado también se observaron algunas reglas: en derecho matrimonial se aplicaba el derecho de los contrayentes, en derecho de propiedad el del propietario, para las ventas se aplicaba el del vendedor, en materia de tutela se aplicaba el del menor, en derecho de sucesiones el del difunto... En derecho penal se determinaba la legislación competente según cada caso: para las indemnizaciones se aplicaba el derecho del perjudicado, para establecer las penas se observaba el derecho del delincuente y en materia procesal valía el del demandado. Para que los jueces supieran previamente el derecho aplicable a cada individuo se exigía la *professio iuris*, es decir, declaraciones juradas en las que cada individuo manifestaba solemnemente el derecho por el que se regía.

En la península itálica la evolución del derecho también responde a la diversidad de pueblos que la habitaron: romanos, ostrogodos (*Edictum Theodorici*), bizantinos (*Codex* del año 529, *Instituta* del año 530 y *Digesta* del año 533 aplicables en Italia a petición del Papa Vigilio en virtud de la *Pragmatica sanctio* de 13 de agosto del 554 *per partes Italiae*) y longobardos.

Los Longobardos¹², que entraron en Italia el año 568, mantuvieron un tenaz enfrentamiento con los bizantinos hasta el año 680. A partir de ese año

¹² Vid. Giampiero BOGNET, «*La costituzione e l'ordinamento dei primi stati barbarici nell'Europa occidentale dopo la invasione nella Romania*» en *L'Età longobarda*, IV, Milano 1966, págs. 457 y ss. Adriano CAVANNA, «*Diritto e società nei regni ostrogoto e longobardo*» en *Magistra barbaritas. I barbari in Italia*. Milano, 1984, pág. 364 y ss. Giulio VISMARA, «*Istituzioni Lombarde*», en *Scritti di Storia Giuridica*, 3, Milano, 1987.

comienza la lenta romanización de los longobardos. Hasta ese momento se habían regido por sus costumbres (*gawarfida*) y por su primer texto escrito sancionado por Rothario el año 643. Allí se especifica que el texto reúne «*antiquas legis langobardorum*» conservadas oralmente por los antepasados, «*inquirentes et rememorantes antiquas leges patrum nostrorum que scriptae non erant*». Sin embargo también se inspiran en el derecho Teodosiano y Justiniano y en algunas leyes de Leovigildo. Esta influencia del derecho romano se aprecia más claramente en los 153 capítulos apobados por Liutprando en varias Asambleas celebradas entre los años 716 y 735. De hecho tales leyes se aplicaban tanto a romanos como a langobardos.

Carlomagno se anexionó el reino Longobardo en el año 774, pero permitió a sus habitantes conservar su derecho nacional pactando, además, la adaptación del derecho franco y de los capitulares que habrían de aplicarse como complemento al derecho longobardo (*Capitularia Langobardorum*). La recopilación del derecho longobardo (edictos y capitulares) fue denominada *Liber legis Langobardorum* y también *Liber Papiensis* por haber sido escrito en Pavia. Un comentario o *Expositio* al *Liber Papiensis* fue redactado en 1070.

Como ya he señalado, la coexistencia de varios pueblos dentro del reino franco, a los que el monarca respetó sus respectivos derechos nacionales, además de ser un obstáculo para la unidad política, favoreció la provincialización del derecho. Pero este proceso de atomización jurídica no se paró aquí. Al reconocer el monarca el valor de la costumbre como fuente del derecho, renunciaba a sentenciar y legislar en los casos de laguna legal, privando al reino de los benéficos efectos de una política homogeneizadora. Carlomagno dispondrá que «*longa consuetudo, quae ad utilitatem publicam non impedit pro lege servetur*»¹³. Al contrario, se dejaba en manos de las Asambleas vecinales o lo que era más frecuente, en manos de los duques y señores territoriales, la determinación de las costumbres aplicables en cada lugar. En definitiva, si el principio de personalidad de las leyes estimuló el nacionalismo jurídico, la admisión de la costumbre como fuente del derecho llevó a su provincialización, convirtiendo a los poderes locales (asambleas vecinales y señores territoriales) en fuente del derecho. En vano advertía el rey Pipino que «*nulla consuetudo superponatur legi*»¹⁴.

De esta manera, el ordenamiento jurídico europeo altomedieval descansaba en la ley y la costumbre como fuentes del derecho. Aunque conviene

¹³ MGH, Capit. Reg. Franc. I, pág. 220 inspirándose en la *interpretatio* al Breviario de Alarico 5,12. Las invocaciones a la costumbre son numerosas en los capitulares francos: «*secundum consuetudinem ordinatam*» (I, n.º 80 del año 811-813); «*secundum antiquam auctoritatem et consuetudinem*» (II, n.º 293 del año 845 y n.º 262 del año 856), etc.

¹⁴ MGH, Cap. Reg. franc. I, n.º 95, 10.

advertir que entre ambos conceptos no existe la radical oposición que tendrá siglos después. La ley es derecho escrito, la costumbre es derecho oral. Ambos gozan del mismo nivel de coactividad social y poseen el mismo valor jurídico. La diferencia, originariamente, no obedece a una razón substantiva sino técnica: la fijación del derecho. Los primeros textos normativos germanos son fijación del derecho consuetudinario. Esto significa que tales leyes no adquieren valor jurídico ni obligatoriedad por el mero hecho de su redacción, pues ya tenían valor normativo como costumbre, sino que el monarca decide fijar el derecho consuetudinario para asegurar su transmisión correcta y resolver los aspectos oscuros. Por tanto, la publicación o promulgación de un texto no significa necesariamente la derogación del derecho consuetudinario no recogido o de las leyes no contempladas. Por el contrario, se pretende garantizar una transmisión textual fiable frente a otras versiones de la costumbre o de la ley.

Desde esta mentalidad, es lógico que ley y costumbre tiendan a identificarse. Así, los Códigos germanos y los formularios se refieren a *lex consuetudinis*, *legis consuetudo*, *lex et consuetudo*, etc. Por ejemplo «*secundum consuetudinem legis*» (*Lex Alamannorum* 36), «*legis consuetudine*» (*Lex Ribuariorum* 17), «*secundum lege et consuetudine eorum*» (Form. Marculfi 8), «*iuxta legum consuetudinem*» (Form. arvernenses, f. 1), «*lex et consuetudo exposcit*» (Form. turonensis, f. 14), etc.

Precisamente por vía de aplicación de la costumbre del lugar siguió vigente el derecho romano aunque, al carecer de la dirección de los jurisconsultos, desembocaba a veces en extrañas formulaciones: así en el año 958 se llega a denominar costumbre longobarda a cierta capacidad patrimonial de la hija, o calificar de ¡costumbre romana! la wadia, el launegildo o la morgen-gabe¹⁵.

Resultaría ocioso explicar aquí la vital influencia que tuvo el derecho romano en la evolución y fijación de los derechos germanos, especialmente entre los godos y los burgundios. Sabemos que el derecho romano orientó buena parte de las instituciones germanas. Entre los longobardos, el derecho romano llegó a ser considerado ordenamiento general del reino aplicable en caso de vacío legal¹⁶. En la monarquía franca siguió aplicándose el *Codex Theodosiano*, en la versión del Breviario de Alarico, para la población galorromana y visigoda hasta fechas tardías. Ludovico Pio (814-840) estableció que el orden eclesiástico viviera conforme el derecho romano.

¹⁵ Varios ejemplos en F. CALASSO, «*Medioevo del diritto*», I, cit., págs. 187 y 225.

¹⁶ Vid. F. CALASSO, «*Medioevo del diritto*», I, cit., pág. 339.

En definitiva, textos jurídicos germanos redactados en latín, que recojen instituciones de derecho romano o que utilizan la dogmática romanista para la vertebración de algunas de sus instituciones, pero que no son derecho romano vulgar sino derecho germano más o menos romanizado. En algún caso, incluso, podría hablarse de derecho romano-germánico (por ejemplo, la legislación ostrogoda).

¿Que sucedió con los visigodos? El continuo contacto de los godos con el Imperio romano conllevó un lento proceso de asimilación de la cultura latina (idioma y literatura, religión, derecho, vestimenta, arte, etc.) de enorme trascendencia jurídica. Sin embargo, este lento proceso de romanización jurídica de los visigodos sigue planteando dos interrogantes esenciales: ¿Cual fue el grado de aplicación del derecho romano entre los godos? ¿En qué medida pervivió su derecho consuetudinario tradicional?

Respecto a la **primera cuestión**, conviene tener presente que el derecho romano del siglo V seguía siendo el constituido por *leges* y *iura* (doctrina de juristas) divulgado en recopilaciones como la del *Codex Gregorianus* o del *Codex Hermogenianus*. Pero sin duda, el texto jurídico más importante fue la promulgación del *Codex Theodosianus* el año 438. El Código Teodosiano era una recopilación selectiva en 16 libros de las *leges* y *iura* más importantes, a las que los emperadores posteriores fueron añadiendo sus disposiciones nuevas (*novelas*).

No obstante, con la caída de Roma en el año 476 y la desaparición de la cancillería imperial, órgano encargado de la elaboración de las leyes, el Código Teodosiano perdió la posibilidad de ser actualizado por los emperadores, de modo que su progresivo desfase con la vida real produjo el auge de la vulgarización (provincialización) del derecho. Desaparecida la cancillería imperial, los centros o escuelas jurídicas de las provincias se convirtieron en motores prácticamente autónomos de interpretación del derecho. Ello produjo asimismo que la necesidad de regular situaciones no previstas en el derecho romano se solucionará acudiendo al propio Código Teodosiano, a veces interpretándolo forzosamente. También facilitó o estimuló a los monarcas germanos, ahora independientes del desaparecido imperio romano, a promulgar Códigos legislativos a imitación del emperador romano.

A esto hay que añadir que en España también hubo de recibirse el derecho del Imperio romano de Oriente, concretamente la compilación de Justiniano (*Digesto* y *Código*), especialmente a partir de la conquista del sur de Hispania por el Imperio bizantino durante los años 544 a 622.

¿Que grado de aplicación tuvo el derecho romano a partir de la caída de Roma el año 476 y de la subsiguiente emancipación de los visigodos? Tene-

mos constancia documental de que el derecho romano siguió aplicándose en la monarquía visigoda por una triple vía: 1.^a El derecho romano del Código Teodosiano, y más tarde el Breviario de Alarico, se aplicó a la población de origen romano y a los visigodos como derecho subsidiario. 2.^a Su influencia también se dejó sentir en la labor legislativa de los monarcas visigodos que, en muchas ocasiones, incorporaron a sus Códigos preceptos sacados literalmente del derecho romano. 3.^a La Iglesia católica continuó rigiéndose o inspirándose directamente en el derecho romano.

No obstante, la profunda romanización jurídica de los visigodos ¿supuso la práctica extinción de su antiguo derecho consuetudinario?

Responder a esta pregunta supone adentrarse en la segunda cuestión planteada. El que tras la caída de la monarquía visigoda surgiera en España un derecho distinto al conservado en las leyes visigodas, ha hecho suponer a los historiadores la existencia de un derecho popular consuetudinario entre los godos que permaneció latente o reprimido al margen de la legislación oficial y romanizante mantenida por la clases cultas. También se ha supuesto que al ser dicho derecho popular altomedieval muy semejante al de otros pueblos germánicos, seguramente procedería de la influencia germánica del derecho godo popular que sobrevivió durante la España visigoda.

¿Sobrevivió el derecho consuetudinario tras la llegada de los visigodos a España?

La mayor sensibilidad de Eurico e, incluso, de Leovigildo hacia la costumbre, se confirma por la circunstancia de que la mayoría de las leyes visigodas que la mencionan son *antiquae* (el término *consuetudo* aparece en doce leyes, y *mos* en treinta). Carlos PETIT ha estudiado los casos en que estas menciones se refieren a prácticas jurídicas concretas asumiendo que ellas no agotan el «*cuadro de las posibles costumbres que conoce la práctica jurídica visigoda, tarea irrealizable con solvencia dado el actual estado de nuestras fuentes*». Tal es el caso de la *antiqua* 8,5,1 que confirma la entrega *sicut consuetudo* al dueño de un bosque de la décima parte de las pjaras de cerdos ajenos que pasten en él, lo que se aumenta al doble -*vicesimum caput*- cuando los animales se alimentan tras el invierno. Otro ejemplo lo constituye la *antiqua* 9,2,6 en la que, con motivo de castigar la acaparación de los suministros (*annona*) del ejército por parte de los funcionarios, se define la percepción de la *annona* como costumbre; «*ut numerentur dies, ex quos annone eorum iuxta consuetudinem eis implete non fuerint*». O la *antiqua* 3,4,2, que extiende el delito de adulterio a la infidelidad de la *sponsa*, menciona el cumplimiento de las formalidades en el acto de los esposales «*sicut consuetudo est*».

También se documenta la aplicación de la costumbre jurídica con posterioridad a Leovigildo. En algún caso, como en LI 2,5,8 de Chindasvinto, para prohibirla por «*pravis hac malignis moribus*» cuando servía a los acreedores para garantizar las deudas con todos los bienes y propia persona del deudor —«*obligatio rerum aut personae*»—. O LI 2,1,7 de Egica que regula mediante derecho escrito la antiquísima costumbre —«*ut moris est*»— de la prestación del juramento de fidelidad.

Pero junto a estas menciones expresas sobre la costumbre jurídica, hay otras referencias a la existencia de costumbres *contra legem*. Así, ya la *antiqua* 6,1,8 prohibía la trascendencia penal y la responsabilidad colectiva, en lo que abundaba asimismo la *antiqua* 7,2,19 prohibiendo que a los herederos de un ladrón convicto se les aplicasen las penas corporales del difunto. Sin embargo este primitivo principio jurídico sobrevivió durante décadas como lo demuestran varias leyes que tratan de erradicarlo. En efecto, cuando en 6,2,1 Chindasvinto castiga con servidumbre y confiscación de todos los bienes a quienes consultan a los adivinos, se ve en la necesidad de aclarar que la pena no afectaba a la libertad y patrimonio de los hijos del condenado. También Wamba hubo de recordar en 6,2,21 que los bienes del homicida no podían ser entregados en su totalidad a los parientes de la víctima porque no deben sufrir castigo los hijos que no tomaron parte en el delito, citando para ello un pasaje bíblico: «*Anima patris, anima matris, anima, que sola peccaverit, sola puniatur*» (Lev. 6,2). Sin embargo, ni el mismo legislador pudo sustraerse a este lastre arcaizante del derecho consuetudinario pues LI 9,1,21 del año 702 vino a establecer la responsabilidad colectiva de todos los habitantes de una población, bien fuera una poblada ciudad o una modesta aldea, para el caso de que alguien escondiera a un siervo fugitivo. El castigo para *todos ellos*, sin distinción de clase social o dignidad, era de 200 azotes. Con independencia de que la norma fuera de imposible aplicación, pues resultaba impensable azotar a todos los habitantes de una ciudad populosa por el mero hecho de que uno de sus vecinos refugiara a un siervo huido, lo cierto es que el precepto entraba en contradicción con la *antiqua* 6,1,8, pues mientras esta ley prohíbe que la culpa del delito se transmita a otra persona que no sea el propio delincuente y, concretamente, prohíbe que el vecino sea castigado por lo que hizo otro vecino, la 9,1,21 del año 702 establece la responsabilidad colectiva de todos los vecinos por el delito cometido por uno de ellos, tuvieran o no conocimiento del hecho. Por supuesto que este retroceso del legislador visigodo obedecía a la debilidad de una monarquía impotente para evitar la creciente descomposición, pero también prueba la permeabilidad del derecho regio hacia las prácticas jurídicas populares.

Ejemplo paradigmático de esto último es la 3,1,5 de Chindasvinto que, al regular la cuantía de la dote matrimonial, adapta una práctica consuetudina-

ria goda que sólo aparecía reflejada en FV 20 (la *morgengabe*). O la aparición de la ordalía del agua hirviente al final del reino toledano (LI 6,1,3), dado que puede suponerse que este tipo de pruebas no vino *ex nihilo* o de un pueblo hostil como eran los francos, sino de una tradición jurídica popular preexistente.

Algunas de estas instituciones o costumbres jurídicas de los antiguos godos sucumbieron ante la influencia del derecho romano, pero otras lograron adaptarse a los nuevos tiempos. Aunque todavía se discute en qué medida ese antiguo derecho godo de raíz germánica perduró en España, lo cierto es que hay pocas pruebas de ello.

La tesis que mantenemos es que, en general, las principales instituciones tradicionales de los godos no fueron reprimidas ni combatidas por el derecho oficial del rey, sino que fueron asimiladas e integradas en la legislación visigoda. La técnica de los juristas godos y romanos fue, la mayoría de las veces, muy simple; se limitaron a revestir instituciones germanas con un ropaje romano.

A modo de ejemplo, citaremos dos instituciones típicas del derecho de los pueblos germanos; la *morgengabe* y la *Blutrache* o venganza de la sangre.

La *morgen-gabe* (donación de la mañana que, tras la noche de bodas, hacía el recién casado a su mujer en premio a su virginidad) se practicaba todavía entre los visigodos (tal vez solo entre las clases altas) dado que aparece en una colección de fórmulas de época visigoda. Pese a que los germanistas han afirmado que la legislación real perseguía esta y otras costumbres, lo cierto es que aparece en el *Liber Iudiciorum*, pero con terminología romana. En efecto, en LI 3,1,6 la *morgengabe* aparece subsumida en una de las formas de donación por razón del matrimonio (*donatio propter nuptias*), la dote, tal y como se comprueba en los dos textos:

Fórmulas visigodas, n.º 20; «*Tanto me alimentan las dulzuras de tu amor, que hago contrato de inmensas donaciones en favor tuyo, por razón de la belleza de tus formas... entrego diez siervos y diez siervas, diez caballos de buena sangre y diez mulos, entre otras cosas, y arma, según lo corriente entre los godos según la antigua costumbre llamada morgengabe*».

Liber Iudiciorum 3,1,6; «*Si el padre quisiera, en nombre de su hijo, dar dote a su nuera, puede entregar la décima parte de aquello que pudiera heredar el hijo tras la muerte de su padre, y además diez mancebos, y diez mancebas, y veinte cabalgaduras...*» .

Igualmente, la *Blutrache* o derecho del ofendido o de su familia a perseguir y matar al delincuente en virtud de autorización judicial, también apare-

ce en la legislación visigoda bajo la figura de la *traditio in potestatem* (entrega bajo la potestad del ofendido).

Numerosos delitos que en el *Liber* se castigan con la *traditio in potestatem* son una pervivencia judicializada del derecho de venganza de la *Sippe*. Para ello, el legislador visigodo se limitó a copiar la tipología penal romana pero sustituyendo la pena de muerte a manos del verdugo prevista en el derecho romano por la más germánica de *traditio* o entrega del culpable a manos de la víctima o a sus parientes para ejercer discrecionalmente el derecho de venganza. ¿Que sucedía si el acusado huía? En tal caso, el derecho visigodo, al contrario que el romano, consideraba culpable al que no comparecía a juicio, lo que también daba derecho a la víctima o a sus familiares a perseguirlo y matarlo.

En definitiva, sirvan estos ejemplos para demostrar (frente a la tesis germanista) la receptividad del legislador visigodo hacia el derecho consuetudinario germánico. Pero también para dubitar (frente a la tesis romanista) la calificación del derecho visigodo como derecho romano vulgar. El derecho visigodo se nos presenta no como un derecho romano decadente o transformado por la práctica. Más bien, el derecho visigodo es el fruto de la unión de dos tradiciones distintas, la romana y la germana que, con el correr de los años, han producido una síntesis que, aunque en buena parte nueva, sigue mostrando a las claras el origen de la mayoría de sus híbridas instituciones.

Como hemos indicado, los autores que siguen la tesis germanista afirman que la legislación contenida en los Códigos visigodos no tuvo apenas aplicación a causa del alto grado de romanización con que fue redactada. También se ha supuesto que ello fue debido en parte a que las capas populares de la población preferían regirse por un derecho consuetudinario ajeno o prohibido por la romanizada y elitista legislación visigoda. En suma, que existió un divorcio entre el derecho oficial y el derecho de la práctica.

Aunque la escasez de documentos de aplicación del derecho en época visigoda impiden toda generalización en los resultados de la investigación, el estudio comparado de las Fórmulas visigodas ¹⁷, las pizarras ¹⁸ y otros docu-

¹⁷ Conservadas gracias a la transcripción que en el siglo xvi hizo Ambrosio de Morales tal vez a la vista de los originales, hoy perdidos. Consta de 45 fórmulas relativas al derecho civil, procesal y canónico que debieron pertenecer a un notario del sur de la Península, posiblemente de Córdoba (una de las fórmulas menciona dicha ciudad). La n.º 20 dice ser redactada en tiempos del rey Sisebuto (años 615-620), lo que proporciona una datación aceptada por la práctica totalidad de los historiadores vid. últimamente C. PETIT, «*De Negot. Causarum. II*», cit., pág. 187, nota 73; Cfr. A. GARCÍA GALLO, «*Consideración crítica...*», cit., pág. 405 y ss. Otras fórmulas (1,5,7,9,21,34,36 y 40) se refieren al reinado de los godos.

¹⁸ Esencialmente recogidas por J. GIL FERNÁNDEZ, «*Miscellanea Wisigothica*», Sevilla, 1972 y Ángel CANELLAS LÓPEZ, «*Diplomática Hispano-Visigoda*», Zaragoza, 1979. Excelente actualización

mentos de aplicación del derecho demuestran claramente que la legislación visigoda tuvo un alto grado de aceptación.

Se conservan 104 pizarras visigodas utilizadas en esa época como material para redactar contratos y todo tipo de documentos. A pesar de su mal estado y del escaso número de las que hacen referencia al mundo jurídico, pueden sacarse algunas conclusiones. La principal de ellas es la concordancia de su contenido con el derecho establecido en el Breviario de Alarico o en el Codex Revisus de Leovigildo, en definitiva, con el derecho escrito y oficial de la época.

Respecto al contenido de las llamadas Fórmulas visigodas, hay que decir que contienen, esencialmente, derecho romano ¹⁹.

¿A qué texto legal se remiten las Fórmulas? Aunque la mayoría de las Fórmulas se mueven en un ambiente de derecho romano coherente con el Breviario de Alarico, otras no encajan en él porque siguen la tradición jurídica germánica (por ejemplo la 32 sobre autoventa de hombre libre como siervo, o la 20 relativa a la *morgengabe*). Algunas Fórmulas se remiten a lo establecido en las leyes, pero no se especifica si son las romanas, las godas, o una ley general o supletoria. La n.º 40 relativa a un acta procesal, invoca la legislación vigente citando el libro, el título y la era, de modo que como el Breviario no estaba sistematizado de tal suerte, parece lógico que se refiera al Código de Leovigildo.

actualización y estudio de las pizarras visigodas en Isabel VELÁZQUEZ SORIANO, «*Las pizarras visigodas: edición crítica y estudio*», n.º 6 de la serie *Antigüedad y Cristianismo. Monografías históricas sobre la antigüedad tardía*, Murcia, 1989, por cuya numeración cito. Respecto a las Fórmulas visigodas, fueron editadas inicialmente por E. DE ROZIÈRE, «*Formules wisigothiques inédites*, Paris, 1854 y luego reproducidas entre nosotros por A. MARICHALAR y C. MANRIQUE, «*Historia de la legislación y recitaciones del Derecho Civil de España. II*», Madrid, 1861, págs. 37-86. Otra transcripción se debe a C. ZEUMER, «*Formulae merowingici et karolini aevi*», ed. K. ZEUMER, en MGH, Legum sectio V, Hannover, 1885, págs. 572-595. Una lectura, con nefastos comentarios, se debe a B. MARTÍN MÍNGUEZ, «*Las Fórmulas tenidas por visigodas*», Madrid, 1920. Sobre su contenido vid. C. VON SCHWERIN, «*Sobre las relaciones entre las Fórmulas Visigóticas y las Andecavenses*», en AHDE, 9 (1932), págs. 77-89 y A. GARCÍA GALLO, «*Consideración crítica..*», cit., páginas 400-408. Una relación de concordancias de BA con el derecho de algunas FV en A de WRESTCHKO, «*De usu Breviarii*», cit., págs. cccvii-cccix. La influencia del derecho de BA en los cánones conciliares y en FV también fue estudiada por A. LARRAONA y A. TABERA, «*El derecho Justiniano en España*», cit., págs. 96 106 y nota 77.

¹⁹ De hecho algunas Fórmulas parecen prolongar arcaísmos jurídicos anteriores al dominio godo de la Bética (año 551). Algunas Fórmulas citan la *lex Aquilia* (1,6,7 y 20), las leyes *Papia Popea* y *Julia* (14 y 15), el *ius pretorio* y civil (21 y 22), al *curator* y al *magistratus* de Córdoba (25), a la *Curia municipal* (21 y 25), etc. Otras contienen derecho obsoleto, como por ejemplo la 13, 27 y 33 que explicitan la declaración de ser innecesaria la escritura en los contratos de venta o donación cuando ya Constantino en el año 323 la exige en tales casos. También la 21 y 22 distinguen el testamento civil del testamento pretorio, diferencia suprimida por Teodosio II en el año 439 (Nov. Theod. 16 = Breviario de Alarico 9).

El tratamiento que de la manumisión hacen los documentos de aplicación del derecho, prueba que tanto las leyes romanas como las godas eran derecho vivido y aplicado, es decir, que no se observan apenas tensiones entre el derecho escrito, el derecho consuetudinario o el derecho aplicado.

La donación visigoda reflejada en la documentación también se ajusta al derecho romano vulgar, básicamente se trata de un acto gratuito e irrevocable que se consigna por escrito para mayor seguridad ²⁰.

También es coherente con la práctica visigoda la consideración de la dote o la *donatio propter nuptias* como compra de la mujer o de su virginidad. Finalmente, la famosa FV 20 datada en el tercer año del reinado de Sisebuto (año 615) que contempla la donación de la mitad de los bienes del marido en favor de su mujer como donación de la mañana (*morgengabe*) en mérito de su pudor y virginidad, limitada por Chindasvinto en el año 644 (Liber Iudiciorum 3,1,5) a la décima parte del valor de los bienes mediante una ley (L.I. 3,1,5) que convertía la *morgengabe* en *donatio ante nuptias*.

Por otra parte, las Fórmulas y las pizarras reflejan la institución de la compraventa perfectamente incardinada en el derecho romano vulgar. Se da la equiparación entre permuta y compraventa de modo que esta última aunque no llega a concebirse como un contrato real tampoco es estrictamente consensual dado que para su perfeccionamiento se exige ahora un acto de manifestación del comprador; arra (Código de Eurico 297), pago parcial (Código de Eurico 296), precio (Código de Eurico 292), un acuerdo sobre el precio o la formalización de escritura (Código de Eurico 286), e, incluso la sola participación de testigos (Breviario de Alarico 2,18,10 con interp.= P.S. 2,17,13).

²⁰ El *textum donationis*, la *cartula donationis* o la *oblatio* contenidas en FV 8,9 y 10 y efectuadas con motivo de la fundación de Iglesias, es conforme al canon 3 del IX Concilio de Toledo. Tanto la FV 29 que fija un modelo de donación de padre a hijo, como la FV 30 que consigna claramente lo que se dona para que no pueda anularse el acto —«*in quo nemo potest actum largitatis inrumpere*», o la donación del diácono Vicente de fecha 29 de septiembre del año 551 siguen a B.A 8,5,1 o Liber Iudiciorum 4,5,3 y 5,2,6. En esta línea se encuentra FV 31 aunque con la hipotética novedad de cuño germanico consistente en corresponder con un gesto de agradecimiento del donatario mediante la expresión *vicissitudo*. Especial mención cabe hacer de las *donationes sponsalitiaie*, reflejadas en los documentos bajo el nombre de *titulus dotalis*, *dote puellae*, *dotalis scriptura*, etc. y que corresponden a las FV 14 a 20. Las FV 14 y 15 contemplan la donación que el novio ha de efectuar a la *sponsa* según obligación establecida en las leyes —«*necesse mihi fuit donationem manentem et legibus iure confectam*...»—. Pero esas leyes no son las romanas del Breviario de Alarico (por ejemplo 3,5,2) dado que en todo caso son contrarias a su exigencia para no dificultar la política de fomento del matrimonio iniciada ya con las leyes *Papia Popea* y *Julia* «*de maritandis ordinibus*», sino las visigodas (por ejemplo la antigua 3,1,5 modificada por Chindasvinto) que establecen la obligatoriedad de dote y esponsales previos al matrimonio.

Por ejemplo FV 11 considera perfeccionado el contrato de compraventa una vez fijado y aceptado el precio —«*definito igitur et accepto a vobis omne praetium quod in placitum venit nostrum*»— de acuerdo a la Novella 32 de Valentiniano III, con interpr. y Código de Eurico 286. Semejante mención del precio aparece en la pizarra 8 datable en el año 586. El modelo de compraventa de FV 12 y 13 copia literalmente la interpretatio a PS 2,18,10, fuente, a su vez, de la antigua 5,4,3.

Conservamos un documento bastante completo de compraventa efectuado durante el reinado de Recaredo; se trata de la pizarra 41. Para DÍAZ Y DÍAZ es claro que la uniforme estructura de esta y otras pizarras (invocatio, directio, expositio, dispositio, sanctio) prueba la utilización de formularios que debían ser muy comunes ²¹.

El estudio de la permuta en los documentos de aplicación del derecho también refleja la sintonía entre el derecho escrito y el derecho vivido. Así, la FV 27 recoge la equiparación entre venta y permuta —«*licet largiente lege commutationis ordo venditionis optineat vires*»— típica del derecho romano vulgar que encuentra su exponente en el título IV del libro V de Liber Iudiciorum *De commutationibus et venditionibus*.

También se refleja la desaparición de la distinción clásica entre *mutuum* y *commodatum*, ahora asimilados al préstamo (por ejemplo en Código de Eurico 281 y 285, recogidos en las antiquae 5,5,4 y 8 bajo el expresivo título *De commendatis et commodatis*). Eso vemos en la pizarra 43, datable en el reinado de Recesvinto, en la que un tal Gramattius otorga el documento en reconocimiento de un préstamo pactando un interés —«*auri untias duas*»—, advirtiendo de la sanción económica del duplum en caso de impago (también en FV 38), además de la sanctio de rigor —«*coniuro per Deum et...*»—. La pizarra contiene la expresión «*cabero*», lo que concuerda, por ejemplo, con FV 38 —«*profiteor me per hanc cautionem meam cabere et cabeo tibi...*». La pizarra 42 contiene otra *chartula commutatio* por la que se deja constan-

²¹ Destacamos de la pizarra 41 la mención a la existencia de acuerdo —«*et avenit novis bona voluntate*»— entre dos partes (*expationis*), la valoración del negocio —«*mentione taxata*»— y la sanción final —«*ante lites ingressum infera(t)*»— muy semejante a otros modelos como el de la FV 33 —«*sibi debitam portionem ante litis ingressum amittat*»—. La compraventa reflejada en la pizarra 40 también se adapta al derecho vigente y parece seguir fielmente un formulario previo; comienza con la invocatio de rigor, prosigue la mención de las partes contratantes y del negocio jurídico —«*ut ego tibi vindere et vindo portione de terra*»—, la descripción de la cosa «*ipsa terra in possession...*», el precio acordado «*(a)derato e(t) defi(n)ito pretio*»— y el pago efectuado —«*quot inter nob(is) bone pacis conve(nit) id est, auri solido nomer(o) relicuas qua... dedist(i et ego v)inditor de te accepi*»—, lo que concuerda con el modelo de compraventa de FV 11. Finalmente mencionar la FV 32 de autoventa de un hombre libre como esclavo, práctica no recogida en el derecho romano postclásico pero con espacio propio en la legislación visigoda.

cia del cambio de una esclava por un caballo conforme al derecho visigodo. Finalmente, la pizarra 39 describe la remisión que cuatro jueces y dos vicarios hacen al *sacramentum* de un tal Lolus a petición de Basilio a causa de la permuta de unos caballos —«*ad petitione Basili iurare debead Lol(us) propt(er) caballos quos mutaverunt*»—, todo ello de acuerdo a la legislación visigoda.

Las FV 21 a 26 y 33 reflejan modelos de disposiciones sucesorias (*ordinatio*, *epistula voluntatis*, *carta voluntatis*, *cartula testamenti*, etc.) en todo conformes con el derecho escrito. La FV 21 consiste en un testamento en el que, con lo que es común en derecho romano vulgar, no hay institución del heredero.

Las FV 36 y 37 contienen modelos de *chartula precaria*. En ambas se establece la obligación del colono de pagar anualmente la décima parte de la cosecha, frutos y animales «*ut colonis est consuetudo*» (FV 36), o según «*priscam consuetudinem*» (FV 37). Este contrato de colonato o de *hospitio* aparece recogido en Liber Iudiciorum 10,1,9-13, todas *antiquae*, fijándose la cuantía del censo precisamente «*pro decimis*» (Liber Iudiciorum 10,1,9) por influencia del derecho agrario romano. Conservamos referencias a dos contratos de este tipo en sendas pizarras. De la n.º 97 apenas pueden sacarse conclusiones, no así de la pizarra 54, en la que se notifica a Simplicio, *hospes* alojado en tierra ajena, que ha de pagar un canon consistente en ¿seis? corderos, una puerca y una vaca. Seguidamente se consigna que Matratium ha de pagar dos terneros cuando la vaca «*para en la corte de su señor Valentino*». Recordemos que la FV 37 contempla expresamente este tipo de pagos —«*A vobis pro nostro compendio expetisse... atque universa animalia...*»—. Como se puede apreciar, la práctica contractual iba en todo conforme al derecho escrito, admitiendo antiguas costumbres agrarias.

En el terreno procesal, varios son los documentos de aplicación del derecho que conservamos, y todos ellos se ajustan a la legislación entonces vigente. FV 35 contempla una reclamación judicial por parte de un litigante que ha sido violentamente despojado de un bien de acuerdo a Breviario de Alarico 4,16,1 con *interpretatio* y tal vez a una antigua modificada por Chindasvinto en Liber Iudiciorum 8,1,5. La FV 40 contiene un modelo de acta de juicio presidido por árbitros nombrados por las partes, posibilidad admitida en Liber Iudiciorum 2,1,15, que en todo se ajusta al derecho procesal visigodo; el actor formula reclamación, el demandado contesta, se proponen pruebas y se practican, ante las dudas en su valoración los jueces deciden que una de las partes confirme su versión mediante *sacramentum*, a lo que esta se niega, tras lo cual es condenada.

En definitiva, los documentos de aplicación del derecho demuestran en líneas generales la vigencia y arraigo de los Códigos visigodos y una muy escasa vigencia o aplicación del derecho consuetudinario de origen germánico.

¿Que sucedió con el *Liber Iudiciorum* tras el derrumbre de la monarquía visigoda? La hipotética existencia, en el derecho español altomedieval, de instituciones desconocidas por el *Liber Iudiciorum* y de cierta similitud con la legislación de los pueblos germánicos, llevó a algunos historiadores a plantear la existencia de un derecho consuetudinario godo de origen germánico que habría pervivido en estado de latencia o restringido en ámbitos rurales al margen de la romanizada legislación del *Liber*.

Se supuso que, tras la caída de la monarquía visigoda y del derecho oficial del *Liber*, la población goda, refugiada en el norte peninsular, habría comenzado a aplicar abiertamente dicho derecho popular germánico fijándolo posteriormente por escrito en cartas pueblas y fueros municipales. En definitiva, esta teoría o tesis «germanista», que en la actualidad cuenta todavía con defensores, afirma la naturaleza esencialmente germánica del derecho altomedieval, su procedencia consuetudinaria goda y la escasa aplicación del derecho escrito visigodo durante los siglos V a VIII y, por tanto, también durante la Reconquista.

Esta tesis fue esbozada por Julius FICKER en un trabajo publicado en 1888 titulado «*Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*». Tras la similitud de algunas normas forales medievales hispanas con antiguas leyes escandinavas (cuna originaria de los godos), trataba de demostrar que el derecho español medieval procedía de un derecho consuetudinario visigodo del que no quedaba constancia en las fuentes escritas porque había sido marginado por el derecho oficial de los monarcas godos.

Eduardo DE HINOJOSA en una conferencia pronunciada en 1908 en Berlín con el título «*El elemento germánico en el Derecho español*», desarrolló más ampliamente la tesis citando numerosos preceptos de fueros y cartas pueblas medievales. En plena ola cultural de germanismo R. MENÉNDEZ PIDAL escribió en 1956 «*Los godos y el origen de la epopeya española*», afirmando el origen godo de cantares de gesta españoles tales como el poema del Mio Cid, la Leyenda de los Siete Infantes de Lara, el poema de Fernán González, etc. A esta visión germanista se unieron Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, GARCÍA DE VALDEAVELLANO y otros autores.

Frente a esta tesis germanista, se opuso, como venimos explicando, otra interpretación que se ha dado en llamar «romanista» por considerar el de-

recho altomedieval como una prolongación de la tradición jurídica romano-vulgar que, tras la caída del Imperio Romano, continuó a partir de la monarquía visigoda y después de ella, de manera autónoma. Según esta interpretación la romanizada legislación del *Liber* tuvo una aplicación generalizada en el reino visigodo y las divergencias o desfases entre el derecho oficial y el de la práctica se debieron fundamentalmente al creciente grado de feudalización de la sociedad visigoda pero, en todo caso, no a un divorcio entre una supuesta legislación romanizante y un derecho consuetudinario germánico. Durante la Alta Edad Media el *Liber* seguiría aplicándose como un derecho general o subsidiario respecto a los fueros municipales, que serían derecho especial surgido para dar respuesta a las nuevas necesidades de la práctica.

Esta tesis puede incurrir en un excesivo reduccionismo amparado en la pródiga, completa y detallada legislación romana que proporciona al investigador actual precedentes jurídicos de prácticamente cualquier institución medieval aunque se invoque para ello derecho romano del siglo I a.C. Así se corre el riesgo de desvirtuar el origen y desarrollo de una institución mediante la fácil técnica de «remover el cementerio». Salvo que se considere el derecho local medieval como un paréntesis en la historia del derecho español, puede resultar demasiado vago o reduccionista ubicar el Fuero de Sepúlveda, Sahagún o de Logroño dentro de la tradición jurídica romano-vulgar.

Parece más razonable entender el derecho medieval como una evolución de la tradición jurídica visigoda (o si se prefiere, romano-visigoda), entendiendo como tal no la evolución peninsular del derecho romano vulgar, sino la pervivencia y adaptación de una tradición jurídica peculiar con fisonomía propia; la tradición jurídica visigoda creada en torno al *Liber Iudiciorum*.

En suma, el *Liber Iudiciorum*, privado del aparato administrativo e institucional tras la caída de la monarquía visigoda, al no poder resolver situaciones nuevas, quedó paulatinamente desfasado originando también la aparición de un derecho nuevo. En la medida en que este derecho nuevo nacía para completar o adaptar el antiguo derecho, cabe seguir hablando de pervivencia de la tradición jurídica visigoda. Sin embargo, otro tipo de normas arranca directamente de las nuevas circunstancias sociales, económicas y políticas derivadas de la reconquista y repoblación de la península ibérica. En este sentido, el derecho medieval tuvo su propia especificidad o singularidad.

Para adoptar resolver el problema o, al menos, adoptar un criterio sobre el asunto, es preciso examinar la documentación jurídica de la época.

En efecto, los textos legales y documentación de la época demuestra que durante la Edad Media se siguió aplicando el *Liber Iudiciorum*, ya fuera a través de su cita directa y expresa en pleitos, donaciones, contratos, etc, o a través de invocaciones genéricas a las *leyes godas*.

Esto último se explica en la escasez de ejemplares del Liber, lo que hacía difícil su consulta, estudio y aplicación por los jueces. Por eso, con el tiempo, se desarrolló un derecho que, aunque no se había tomado literalmente del Liber, encontraba su respaldo en la tradición jurídica emanada del derecho visigodo. Ante la falta de manuscritos del Código visigodo, se acudía a copiar formularios de época visigoda, contratos de todo tipo, antiguos pleitos, etc.

Por otra parte, para el hombre medieval, las leyes godas seguían teniendo un prestigio insuperado originado no solo en la antigüedad de ese derecho (argumento por sí mismo definitivo), sino además porque se asociaba a la *pérdida de España*. Los reinos de este período aspiraban a recuperar la unidad territorial perdida tras la invasión musulmana, viendo con nostalgia el derecho y logros políticos de los monarcas visigodos. En definitiva, la continuidad de la tradición jurídica visigoda encajaba con los proyectos de reconquista y recuperación de la Península Ibérica.

Sabemos que la ausencia de ejemplares del *Liber* y la crisis política condicionaron decisivamente la posterior evolución del derecho. Es muy significativo que muchas de las nuevas prácticas jurídicas nacieran a la sombra de la ley gótica, es decir, para completar, adaptar, matizar o reformar el *Liber*.

¿De donde procedía ese derecho nuevo? Hemos de suponer que gran parte de él procedería de la tradición jurídica romano-visigoda, es decir, de costumbres romanovulgares y germánicas. Otras pueden atribuirse fácilmente a la influencia de los pueblos del norte peninsular (vascos, cántabros y astures). *Pero la mayoría de estos preceptos procederían de la necesaria adaptación del derecho del Liber a una realidad social que, al contrario que en época visigoda, el monarca se veía incapaz de canalizar.*

En esta discusión, hay dos momentos importantes sobre los que cabría replantear alguna cuestión:

Se ha dicho y sigue afirmándose que las fazañas castellanas son el más claro ejemplo de reafirmación del derecho popular y de rechazo al derecho culto del Liber. También se sigue vinculando la aparición de las primeras cartas pueblas y fueros municipales a la fijación escrita de antiguas costumbres y usos jurídicos marginados por el derecho oficial.

Sin embargo vamos a ver que sucede todo lo contrario: ambos fenómenos (fazañas y fueros municipales) se originan y explican *precisamente* dentro de la tradición jurídica del Liber.

Las fazañas eran pronunciadas por el juez en uso de su fuero (facultad) o, como se decía en la época, de su *fuero de albedrío*. Así, los jueces resolvían o *libraban por albedrío*.

Se ha discutido mucho sobre el origen de esta forma de creación y aplicación del derecho. Se ha pensado que el derecho tan rudimentario y formalista que contienen estas fazañas no era sino el viejo derecho consuetudinario visigodo reprimido por el aparato administrativo de la monarquía visigoda. Desaparecida la monarquía visigoda, este derecho popular afloraría libremente a través de las sentencias de los jueces. Así, Eduardo DE HINOJOSA consideraba que *«las fazañas que resultan de estos albedríos reflejan con toda fidelidad el derecho consuetudinario visigodo que perdura en los primeros tiempos de la reconquista»*. En parecida dirección Rafael DE ALTAMIRA opinaba que *«los jueces (medievales) no siempre han aplicado la ley en sus sentencias, sino predominantemente o exclusivamente costumbres y han sido creadores de nuevas normas»*.

En definitiva, la ausencia de ejemplares del Liber o su rechazo expreso por parte de las capas populares, convirtió a los jueces en verdaderos creadores del derecho. Para GALO SÁNCHEZ, en Castilla y otros territorios, al no existir normas *«el juez halló fácil el camino para convertirse en creador de la norma jurídica»*. Ante la ausencia de norma aplicable *«el juez castellano fue con frecuencia un verdadero legislador, pues sentencia conforme al libre albedrío»*.

En apoyo de esta idea se trae a colación el «prologo» a una recopilación de 20 fazañas de inicios del siglo XIV conservada en la Biblioteca Nacional de Madrid (Manuscrito 431) titulada *Titulo por cual razón los fijosdalgo de Castilla tomaron el fuero de alvydrío*. Allí se explica lo gravoso que resultaba a los castellanos desplazarse a León para resolver sus disputas conforme al Fuero Juzgo porque *«el fuero era muy luengo, et el camino era luengo et avyan de ir por las montañas; et quando alla llegavan asobervyavan los leoneses; e por esta razón ordenaron dos omnes buenos entre sy, los cuales fueron estos; Munyo Rasura y Lain Calvo; e estos que avyniesen los pleitos porque no ovyesen de ir a León»*. Tras la independencia del condado de Castilla *«fallaron que pues que non obedezian al rey de León, que non les cumplia aquel fuero. E embiaron por todos los libros que deste fuero que avyan en todo el condado e quemaronlos en la englera de Burgos; et ordenaron alcalles en las comarcas, que librasen por alvydrío... e este libramiento que fincase por fazaña para librar en adelante»*.

Además de los componentes fabulosos o simbólicos de la narración, lo cierto es que fue redactada después de los acontecimientos que describe y con fines políticos, más de legitimación de la independencia de Castilla frente a las reivindicaciones de León, que de respeto a los hechos históricos.

¿Que era entonces juzgar o librar por **albedrío**? Por supuesto que esto no significaba juzgar discrecionalmente o al libre albedrío. El juez ha de aplicar el derecho de la comarca y, en ausencia de norma, actuar con justicia y equidad. Por tanto, el derecho que aparece en estas fazañas refleja la costumbre del territorio surgida de la práctica jurídica. En ocasiones esta práctica es la adaptación de la tradición jurídica del Liber a nuevas necesidades. En otras, es un derecho nuevo que regula situaciones no previstas por la tradición jurídica vigente.

Pero, ¿cual es el origen del juicio de albedrío? Se ha pensado que el nombramiento de jueces en Castilla para dictar fazañas supuestamente al margen del Fuero Juzgo, se debió a la revitalización de la asamblea judicial de tipo germánico. Los habitantes de una localidad se reunían periódicamente para resolver sus asuntos asesorados por omes buenos o foreros, esto es, conocedores del derecho.

Con independencia de que esto fuera así o no, lo cierto es que ya el propio Liber Iudiciorum establecía la obligación de que los tribunales de justicia fueran colegiados, es decir, compuestos al menos por dos personas. Y respecto al juicio de albedrío, nuevamente, nos encontramos con una institución visigoda regulada en el *Liber Iudiciorum* 2,1,15; el arbitraje judicial. Ya en 2,1,27, al enumerar jerárquicamente las clases de jueces se menciona, en último lugar, a los jueces elegidos libremente por las partes —«*consenso partium iudices*».

Es decir, que el LI 2,1,15 autorizaba a los litigantes a nombrar a un tercero como juez para resolver sólo ese litigio. Aunque no fuera juez nombrado por el rey conviene tener en cuenta que, como precisa KING, «*su derecho a juzgar y su autoridad para ejecutar sus juicios partía de la voluntad del rey, aun cuando no partiera de ella su nombramiento*». El arbitraje de LI 2,1,15 era el medio idóneo para los litigios de pequeña cuantía suscitados en *áreas rurales alejadas de la presencia de jueces reales* en donde el alto grado de analfabetismo hacía inútil la presencia de ejemplares del Código. Conviene tener presente que, en el derecho visigodo y medieval (a diferencia del derecho romano) las sentencias de estos jueces tenían fuerza ejecutiva y adquirían la naturaleza de cosa juzgada (*res iudicata*).

Por tanto, si el propio Liber autorizaba a los litigantes a nombrar jueces, es lógico suponer que en las comarcas alejadas de los núcleos rurales o,

más simplemente, ante la ausencia de jueces técnicos o dificultad para desplazarse en su busca, las comunidades de aldea y los propios señoríos preferirían designar sus propios jueces. Esta práctica, que parece extenderse en la Alta Edad Media, pudo haber sido también frecuente en la España visigoda en áreas rurales alejadas de las correspondientes instancias judiciales.

Aunque conforme al Liber, tales sentencias arbitrales no podían aplicar mas derecho que el contenido en el Liber ni constituir por sí mismas precedentes judiciales, es decir, jurisprudencia (salvo las sentencias del monarca), la practica judicial medieval traspasó tempranamente estos límites: Mediante juicio de albedrío se comenzaron a resolver situaciones o cuestiones no contempladas en el Liber iniciando la labor de adaptar e incluso completar el ordenamiento vigente. Pero además, tales resoluciones judiciales o fazañas fueron utilizadas como modelo o precedentes para casos similares posteriores.

Esta facultad de las partes de nombrar arbitros, fue considerada en la Castilla medieval como una libertad o fuero de castilla, que posiblemente acabó derivando en la facultad de los concejos de elegir colectivamente y nombrar periódicamente a sus propios jueces (alcaldes). El mismo precepto del Código visigodo menciona la facultad de que estos jueces populares nombrados por las partes, nombren a varios consejeros que les asesoren y oigan con ellos el pleito.

Ello parece confirmarlo también el citado «prólogo» al situar el origen de las fazañas en la facultad de los concejos castellanos de nombrar *«homes buenos entre sy»* a fin de que *«avyniesen los pleytos»* y que cada resolución *«fincase por fazaña para librar en adelante»*.

No obstante, frente a esta pretensión de los concejos y señoríos jurisdiccionales, también tenemos documentada en fechas tempranas la lenta pero constante lucha de los monarcas por recuperar el monopolio de la actividad legislativa frente a la libre creación del derecho practicada por los mismos señoríos y concejos municipales. De esta manera, descalificarán las fazañas desaguisadas para después prohibir la invocación en juicio de todas aquellas que no hayan sido pronunciadas por el propio rey o sus jueces supremos.

Es posible, pues, que el origen del fuero de albedrío y de las fazañas dictadas al amparo de tal fuero estaría en el arbitraje judicial practicado desde época visigoda en aplicación de LI 2,1,15. En la Alta Edad Media, librar por albedrío sería inicialmente juzgar por arbitraje, es decir, sometándose a la decisión de «hombres buenos» libremente aceptados por las partes.

Abordemos ahora el problema del origen consuetudinario de la normativa contenida en los Fueros municipales medievales²². A pesar de la importante tradición historiográfica foral medievalista, todavía quedan muchos cabos sueltos en la interpretación de este fenómeno cultural. Nos vamos a referir concretamente al origen del fenómeno foral.

Parece claro que el derecho municipal o local medieval nace como un *instrumento jurídico para favorecer la repoblación*. Se trataba de facilitar el asentamiento de poblaciones en zonas fronterizas con los musulmanes otorgándoles ventajas económicas, sociales y políticas inexistentes en las zonas más seguras del norte peninsular. Por ello, el contenido de estas cartas pueblas o fueros municipales se concede como *derecho privilegiado*. Esto significa que todas las personas acogidas al fuero, es decir, que vivan y habiten en la Puebla o Concejo, gozarán de determinadas ventajas, podían quedar inmunes por delitos cometidos anteriormente, exentas del pago de determinados tributos o prestaciones, etc. Así, por ejemplo, en los fueros y cartas pueblas más antiguos se otorga a los habitantes (peones, villanos, *minores*, etc) la igualdad o equiparación jurídica con los nobles sometidos a ese fuero. Por ejemplo, mientras que en el derecho general (el del Liber) la muerte de un noble era indemnizada con 500 sueldos y el resto de los hombres libres solo con 300 sueldos, algunos Fueros y cartas pueblas **ennoblecen** al villano a valorar su vida en 500 sueldos.

Pero si hablamos de privilegio, es decir, de régimen jurídico especial, es porque había un régimen jurídico general o común para el resto de la población. Entonces, cabría preguntarse ¿cuál era el régimen general del que se exceptuaba o eximía en los Fueros y Cartas Pueblas?

Cuando se repara en el contenido de las primeras Cartas Pueblas o Fueros municipales, se observa su extraordinaria simplicidad y brevedad. No se regulan situaciones que, con toda seguridad, se plantearían cotidianamente.

²² En los últimos años se han publicado importantes repertorios de fueros y cartas pueblas con criterios territoriales que han venido a cumplir el viejo proyecto elaborado en 1934 por Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, de edición de todos los Fueros y cartas pueblas de España, dentro de unos *Monumenta Hispaniae Historica*, a semejanza de los *Monumenta Germaniae Historica* o los *Monumenta Portugaliae Historica*. Sin embargo conviene destacar que disponemos de regestas documentales para las cartas de franquicia y fueros de Cataluña, publicados en su mayor parte por José María FONT RIUS; del reino de Valencia, publicados por José GUINOT; o del reino de Aragón, publicados por M.^a Luisa LEDESMA RUBIO; o los de La Rioja, Santander o Navarra. Pero no disponemos del correspondiente repertorio o corpus documental de fueros y cartas pueblas de Castilla-León, aunque la mayor parte han sido publicadas siguiendo un criterio de adscripción provincial. Así, Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ ha publicado los fueros y cartas pueblas medievales de la provincia de Burgos; Justiniano RODRÍGUEZ los de Zamora, Leon, Palencia; Emiliano GONZÁLEZ DIEZ los de Valladolid. Pero tales repertorios son incompletos y además faltan los de las provincias de Soria, Segovia y Salamanca.

No hay disposiciones para regular el reparto de los bienes hereditarios, los esponsales, la dote, el matrimonio. Nada se dice sobre otro tipo de obligaciones y contratos. Ninguna mención sobre el complejo mundo de las servidumbres. La mayor parte de las figuras criminales están ausentes. ¿Acaso no había ladrones, incendiarios, violadores o adúlteros en estas poblaciones? La ausencia de normativa sobre el proceso judicial hace sospechar que existía otro derecho paralelo al contenido en la carta de población.

¿Cuál era este derecho general o común? Los datos demuestran que ese derecho era el *Liber Iudiciorum* (Fuero Juzgo) o, más propiamente, el derecho (escrito o consuetudinario) creado a través de la práctica del Liber. Este derecho de la práctica, no siempre nacía para aplicar literalmente el Liber (la versión romanceada del Fuero Juzgo). Por el contrario, en ocasiones surgía para completar preceptos insuficientemente desarrollados en el Liber. Otros preceptos, evolucionarían hasta ofrecer soluciones jurídicas ligeramente distintas. Pero, en todo caso, partiendo siempre del derecho del Fuero Juzgo.

En definitiva, junto al régimen general constituido por la tradición jurídica del *Liber Iudiciorum*, existía un derecho especial o privilegiado representado por los Fueros municipales y Cartas pueblas. Ya MARTÍNEZ MARINA mantuvo con profusión de datos que «*en los reinos de León y Castilla no hubo otro cuerpo legislativo general, o fuero común escrito, desde la irrupción de los árabes hasta el reinado del emperador Alonso VII, sino el Código gótico*» al que se remitían en defecto de privilegio o norma particular.

¿Cuál era el contenido fundamental de esas Cartas pueblas o Fueros municipales? La opinión mayoritaria afirma que recogían el derecho consuetudinario de cada zona y que el monarca se limitaba a confirmar por escrito añadiendo diversos privilegios fiscales, penales, procesales, etc. Esta idea es correcta pero puede ser definida todavía más.

Por ejemplo, en estos Fueros o Cartas pueblas aparecen instituciones penales o procesales ya contempladas en el *Liber Iudiciorum*, lo cual resulta extraño dado que, si eran normas ya vigentes procedentes del régimen general o común ¿por qué repetirlas dentro del texto foral? Sin embargo, una examen más detenido nos hace reparar en que, al redactarlas, el monarca ha alterando la cuantía o el reparto de las penas económicas con el fin de ceder una parte de las mismas a favor del Concejo. Es decir, para proveer de financiación a las tareas repobladoras.

En mi opinión, la inclusión de estos preceptos de contenido penal, procesal, etc. en estos primeros textos forales medievales obedece exclusivamente a una intencionalidad fiscal. El monarca no solo concede exenciones de obligaciones personales sino que añade a las exenciones tributarias, una rebaja en

la percepción de las caloñas. Igualmente, se compromete a financiar al Consejo cediéndole una parte de las penas económicas (caloñas).

En definitiva, la primera normativa foral medieval surge como privilegio fiscal concedido por el monarca frente a la normativa tributaria general establecida, en sus líneas básicas, ya desde época visigoda. Es decir, que el fenómeno foral no obedece a la recopilación de usos populares o costumbres jurídicas ajenas o marginadas por el derecho vigente.

O dicho en otros términos; frente a la hipótesis germanista, los Fueros y cartas Pueblas no recogen originariamente un derecho consuetudinario de raíz germánica, sino privilegios procesales y penales de índole fiscal respecto al derecho general. Este derecho común o general esta constituido fundamentalmente por la tradición jurídica visigoda junto a un derecho nuevo surgido de la adaptación de aquella a las circunstancias sociales y económicas de la reconquista y repoblación. Pero este derecho altomedieval, frente a lo afirmado por los partidarios de la *interpretatio romana*, no puede ser calificado de derecho romano vulgar, ni siquiera de derecho visigodo vulgar, sino que llega a adquirir una fisonomía propia y peculiar.

Reducir la Historia de la cultura o del derecho a la Historia de la cultura o derecho romano es una reducción además de abusiva y empobrecedora, irreal en cuanto que no casa con los hechos históricos. Podría, si acaso, hablarse de cultura romana como cultura dominante frente a otras culturas menos fuertes.

Esto nos lleva, en definitiva, a la elemental y evidente teoría de los «elementos formativos» (tan denostada por algunos romanistas partidarios de concepciones monolíticas de la Historia). Ciertamente, la cultura medieval es, en buena medida, consecuencia de la lenta confluencia de varias tradiciones culturales (romana, judeo-cristiana, germana, celta, musulmana, etc.) que darán origen a una cultura con fisonomía propia en cuanto que ya no será ni romana, ni germana ni judeocristiana. Pero insistimos en que, aun constituyendo una nueva cultura o tradición específica pueden, en ocasiones, distinguirse sus elementos originarios.

Y es que la Historia es demasiado rica y plural como para reducirla a una fórmula. Como ya dijo Símaco en el siglo IV *non potest perveniri uno itinere ad tan grande secretum*.

DERECHO COMO CULTURA. EQUIDAD Y ORDEN DESDE LA ÓPTICA DEL *IUS COMMUNE**

Jesús Vallejo

* Las presentes páginas son fiel trasunto de la exposición oral pronunciada en el Encuentro salmantino. Su contenido condensa investigaciones anteriores del autor en las que el lector podrá encontrar, extenso y detallado, el aparato crítico que sostiene el argumento: *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; «Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation», en *Ius Commune*, 19 (1992), págs. 1-29; en colaboración con Carlos PETIT, «La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo», en Perry ANDERSON, Maurice AYMARD, Paul BAIROCH, Walter BARBERIS, Carlo GINZBURG (progetto e direzione), *Storia d'Europa*, vol. 3 (a cura di Gherardo ORTALLI): *Il medioevo. Secoli v-xv*, Torino, Einaudi, 1994, págs. 721-760; «Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 1998 (Monográfico: Liborio L. HIERRO y Francisco J. LAPORTA (eds.), *La Justicia en el Derecho Privado y en el Derecho Público*, Madrid, Universidad Autónoma. Boletín Oficial del Estado), págs. 19-46. No sería justo obviar la cita expresa de un libro seminal, ahora recién reimpreso: Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002 (ristampa de la edición de 1969, con intervenciones breves de Paolo GROSSI, Ovidio CAPITANI y el propio Pietro COSTA, y larga de Bartolomé CLAVERO. Otra muy reciente publicación resultará útil al lector interesado en los planteamientos que aquí se exponen: António Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (ed. al cuidado de Antonio SERRANO), Madrid, Tecnos, 2002.

Al jurista romano CELSO se atribuye la formulación de una de esas pequeñas y aparentes verdades que en el campo del Derecho tanto abundan, y que parecen de valor universal e intemporal. Se compiló en el tercer título del libro primero del Digesto, nada menos que el referido a las leyes, a los senadoconsultos y a la costumbre inveterada, y aunque no puede desde luego decirse que su ubicación fuese inadecuada, por su tenor y brevedad uno hubiera esperado encontrarla más bien en alguno de los títulos finales de esa inmensa colección de jurisprudencia romana, títulos que, bajo rúbricas más generales (acerca de las reglas del derecho, acerca de la significación de las palabras), incluyen apotegmas, brocados, principios, tópicos y lugares comunes útiles para la interpretación y comprensión del Derecho. El texto es este:

D 1,3,4 (Celsus libro quinto digestorum): Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.

En mi poco conciso castellano, el texto viene a decir que no se establece el Derecho a partir o sobre la base de aquellas cosas o de aquellos hechos que tal vez sólo una vez sucedan. O en otras palabras: de aquellas cosas que acaso sucedan una sola vez, el Derecho no se ocupa. Es traducción que aquí y ahora me parece válida; el pobre CELSO no puede protestar, de todos modos, y aunque pudiera, el interés sin duda extremo de lo que viniera a decirnos no alteraría en mucho nuestra exposición, que no quiere centrarse ni en la figura del ilustre jurista ni en su época.

Demos un salto varios siglos hacia delante, y alejémonos tanto del instante en el que CELSO se pronunció como del momento en el que su breve texto fue ordenado, junto a otros, en el *corpus* justiniano. A partir del siglo XII, los ejemplares manuscritos del Digesto comienzan a circular con profusión por la Europa medieval, ofreciendo los márgenes de sus folios y los espacios entre las líneas a la concienzuda y compleja labor de los glosadores que pacientemente iban desentrañando el sentido de aquellos textos, señalando contradicciones y coin-

cidencias, aclarando la significación de términos oscuros, y construyendo y redactando así en realidad un nuevo Digesto medieval de lectura ya mediatizada y condicionada. Se acumulan glosas sobre glosas, pero la amenaza, bien real, de estrangulamiento del texto, queda conjurada a principios del siglo XIII al consolidarse un bastante estable aparato ordinario de glosas medievales que acompañaría desde entonces a los textos de los juristas romanos, congelándose definitivamente esta configuración a partir del momento en que el conjunto comenzó a circular impreso para uso y estudio de juristas.

Son cosas bien sabidas, pero era necesario recordarlas para que nos ofrecieran el escenario preciso en el que situar la escena que ahora describimos. Es imaginaria, pero debió de suceder de forma no muy diferente. Su protagonista es uno de aquellos primeros glosadores, a quien sorprendemos en el momento en el que se inclina sobre su escritorio y relee el breve pasaje de CELSO: de aquellas cosas que acaso sucedan una sola vez, el Derecho no se ocupa. Nuestro jurista reflexiona, contemplando el sentido de la proposición desde los saberes que atesora, los aprendidos de sus maestros, de su experiencia, de sus lecturas; concibe luego la apostilla precisa, hace tal vez algunas comprobaciones y finalmente escribe. Su intervención cala y se difunde, y la glosa que ha salido de su pluma se incorpora al aparato ordinario, circulando desde entonces el texto de CELSO con esa excrecencia añadida por el glosador. Los juristas posteriores no dejarán de pronunciarse, desarrollando y discutiendo, introduciendo cuestiones y distinciones, pero siempre sobre la estela abierta por aquella primera glosa. ¿Cuál fue? ¿Qué escribió nuestro anónimo glosador? ¿Acaso alguna consideración sobre la relación entre hecho y derecho? ¿O sobre la adecuación de las leyes a la realidad sobre la que han de recaer? ¿O sobre la generalidad de las normas? ¿O tal vez sobre la economía del ordenamiento, o el carácter superfluo de tales o cuales leyes?

Nada de eso. ¿Qué, entonces? Dejemos que nos lo descubra un experto y culto jurista de mediados del siglo XIV, Alberico DE ROSATE, quien, dispuesto a comentar a su vez el texto de CELSO, comienza por recordar el planteamiento de la glosa:

Ex his... Glossa hic ponit exemplum de Lazaro qui resurrexit, utrum rumperit testamentum per eum factum, et recuperaverit hereditatem; de hoc enim non est lex scripta.

Traicionemos ahora al comentarista, que tampoco está ya en condiciones de protestar:

De aquellas cosas que acaso sucedan una sola vez, el Derecho no se ocupa. La glosa trae aquí a colación el ejemplo de Lázaro, que resucitó, pues

¿recuperó tal vez su patrimonio invalidándose su testamento?; y es que ciertamente sobre esto no hay ley escrita.

Hasta aquí la cita. El giro resulta sorprendente, sobre todo porque no se trata de un mero golpe de ingenio destinado a captar la atención del lector. Ni la glosa primera ni el comentario posterior se detienen en ese punto. La glosa se ha tomado el problema en serio y, apoyándose en otros pasajes del mismo Digesto, se decanta por la opción más favorable a Lázaro. Sabemos que tal solución fue corroborada por posteriores juristas con razones añadidas: Alberico atribuye a Jacobo BUTRIGARIO el argumento que recurre al paralelo entre la muerte civil y la muerte natural: así como hay una restitución civil para el caso de muerte civil, ha de haber una restitución natural para el caso de muerte natural; y puesto que la restitución civil tiene efectos sobre todo aquello que el titular ha perdido en virtud de la muerte civil, así también ha de operarse una restitución natural que devuelva a su titular todo aquello que perdió por su muerte natural. Si la *restitutio* devuelve su patrimonio a quien murió civilmente, la resurrección también; y con mayor razón, puesto que mayores son las potencialidades (*authoritas*, dice el jurista) de la resurrección, que procede de la voluntad divina, que las de la *restitutio imperatoris*, procedente de a fin de cuentas de voluntad humana.

Y otros glosadores y comentaristas siguieron enriqueciendo el caso. Lo examinaron también a la luz de la regulación pertinente a la problemática incidencia sucesoria del hijo póstumo, y sabemos que llegaron a preguntarse si no sería más correcto pensar que el Lázaro resucitado era otra persona, distinta del Lázaro que testó, sopesando la posibilidad de que su situación, cercana entonces a la del heredero pero no igual, fuese en realidad la que determinase su nueva posición en relación al patrimonio que tenía con anterioridad a su primera muerte. Mas pese a la apariencia de alteridad, la opinión común entre los juristas (pero no unánime, que siempre quedaba algún contradictor obstinado), seguía el criterio marcado por los teólogos, claramente decantados hacia la identidad del Lázaro premuerto y del Lázaro resucitado.

Mas si era el mismo, ¿qué sucedía con su viuda? Si la muerte había disuelto su matrimonio, ¿no tendría Lázaro que casarse de nuevo con ella? Y si se requería nuevo consentimiento, ¿cómo podía entenderse el caso de una viuda que casaba en segundas nupcias con su primer marido? También estas cuestiones se abrieron, y en la búsqueda de respuestas, procediendo mediante distinciones, la jurisprudencia llegaba claramente a trascender el caso particular acaecido en Betania. Para dar respuesta a los problemas que la resurrección provocaba en materia matrimonial había que distinguir —señalaban los juristas—, según el tiempo que hubiera pasado entre la muerte y la resu-

resurrección, producida ésta *in continenti* o *ex intervallo*, y, en este segundo caso, determinante sería también distinguir si hubo o no nuevo matrimonio de la viuda.

Se va configurando así, por obra de los juristas, todo un régimen jurídico de la resurrección cuya lectura habría seguramente sorprendido al propio CELSO, que vería cómo el principio que formulara servía paradójicamente de arranque a toda una labor interpretativa que suponía su propia refutación: claramente, ya en los siglos XIII y XIV, el Derecho (su declaración jurisprudencial, la elaboración doctrinal llevada a cabo por los juristas), sí se ocupaba de cosas que acaso sólo una vez sucedieran, como la resurrección.

* * *

¿Qué podemos extraer de todo ello? La cuestión parece verdaderamente una extravagancia, tanto en una Edad Media en la que, pese a todo, no abundaban las resurrecciones, como desde el punto de vista historiográfico, puesto que también puede parecer una pérdida de tiempo que el historiador rescate episodios como este: se dirá que todo lo más sirve para recreo de lectores ociosos o para amenizar el comienzo de alguna conferencia (cosa que espero haber conseguido, de todos modos); pero otro interés parece que no tiene, porque ni estamos reconstruyendo los antecedentes de ninguna institución (con lo cual daríamos un reconocido valor de presente a la investigación en historia jurídica), ni, según ya he dicho, acercándonos a la representación que los juristas podían tener de alguna realidad que, aun desaparecida en nuestro tiempo, fuera en el suyo cotidiana o frecuente.

Creo sin embargo que, precisamente por el hecho de que podamos considerarlo una extravagancia, el caso es ejemplar. Nos encontramos ante un conjunto de cultísimos juristas que renuncian, en bloque, a cualquier formulación de naturaleza genérica sobre la base del texto de CELSO, y que se lanzan también en bloque a discutir sobre un caso en apariencia baladí, sólo por el hecho de haber sido sugerido en una lectura temprana del texto romano. ¿Hemos de concluir que son todos igualmente desatentos para con el texto que les sirve de base, cuando precisamente ese texto es el que justifica su labor interpretativa y el que suministra material para argumentar? ¿Hemos de concluir que se entretenían en malabarismos teóricos, cuando no sólo los juristas pertenecientes al mundo académico, sino también los prácticos (el mismo Alberico DE ROSATE) encontraban razones para invertir tiempo e inteligencia en ellos? Creo que no. Creo que, más sencillamente, hemos de concluir que nos encontramos ante un conjunto de cultísimos juristas que piensan, en bloque, de un modo radicalmente diferente del nuestro.

Destaquemos algunas de las notas características de su modo de pensar, intentando ceñirnos a aquéllas que son visibles a través de nuestro ejemplo. Y aunque todas están interrelacionadas, hagamos el esfuerzo de separarlas.

Son juristas que, en primer lugar, piensan desde el caso particular. Su modo de razonar sólo alcanza sentido desde una comprensión tópica de la argumentación jurídica, modo de pensar éste que, como nos recordara hace bastantes años Theodor VIEHWEG, se caracteriza entre otras cosas por no rechazar inicialmente problema alguno, por no tener como punto de partida un «sistema» articulado de principios que dé un criterio válido de apertura para separar desde el comienzo los problemas susceptibles de examen y resolución de aquéllos que no lo son. Cualquiera puede abordarse, intentándose buscar siempre un camino abierto para que la argumentación no quede en vía muerta, y casi podría decirse que procurándose construir el sistema concreto o particular en el que el caso propuesto sea resoluble. El caso de Lázaro, y la configuración sobre su base de una incipiente disciplina jurídica de la resurrección me parece paradigmático.

Son juristas, en segundo lugar, que respetan la opinión autorizada, el principio de autoridad del pronunciamiento antecedente, que mantienen la tradición jurisprudencial establecida en muchos casos en las primeras etapas de definición de la lectura medieval del texto romano. Pero la mantienen enriqueciéndola y acrecentándola, considerando sólo probable, es decir, susceptible de opinión distinta, lo señalado en intervenciones jurisprudenciales anteriores, introduciendo así variabilidad en las soluciones mientras permanecen fieles al género de cuestiones que ha ido consolidándose como de tratamiento necesario. Se conjugan así los saberes traslaticios, puesto que lo son los instrumentos interpretativos con los que construyen la argumentación, y lo son también las mismas cuestiones tratadas, con una notable flexibilidad tanto en las soluciones como en los caminos que conducen a ellas. El caso de Lázaro es tan expresivo en este punto que casi parece una caricatura: hemos asistido a la manifestación de recursos argumentativos variados, a la apertura de cuestiones conexas y a la sugerencia de respuestas diversas, siempre dentro del tratamiento de una materia no necesariamente inducida del texto de CELSO que le sirve de base, y que se mantiene siempre fija.

Son juristas, en tercer lugar, imbuidos del carácter preceptivo de la religión y de sus textos de autoridad. Se trata de una cuestión que nos ocupará un poco más adelante, así que baste por el momento dejarla planteada en los breves términos dichos. La mención, en cualquier caso, era ahora obligada: el caso es evangélico, se argumenta sobre la base de la potestad divina, y no se excluye la mención de los teólogos, cultivadores de un campo del saber en el que el mismo Derecho hunde sus raíces.

Son juristas, en cuarto y último lugar, capaces de expresar sus creencias en términos de elaboradísima técnica jurídica. Tienen a su disposición el voluminoso producto final de la refinada *scientia iuris* romana, los libros de la compilación justiniana, y de tan riquísimo arsenal extraen los términos, los conceptos, los modos de argumentar. Son así capaces de discutir con agudeza los más sutiles dobleces jurídicos de la resurrección, pero no, obviamente, la resurrección en sí. Lo milagroso se inscribe con tanta naturalidad en el terreno de lo posible precisamente en virtud de la pericia técnica de la jurisprudencia, que despliega en primer plano todo el artificio de las analogías, de las distinciones, de las citas precisas de autoridad, normativas y jurisprudenciales, y proyecta a un protegido segundo plano, inaccesible a la discusión, la verdad de cuya validez no cabe dudar.

Nos bastarán por ahora estas notas, que me van a servir para eludir el pretencioso intento de definir ese problemático término que aparece en el título de mi intervención: cultura. Diré simplemente que esas notas características del modo de pensar de nuestros juristas, muestran que comparten una determinada cultura jurídica, precisamente aquella en la que tales notas pueden combinarse y resultar coherentes. A eso llamo cultura jurídica, a un modo de pensamiento y de representación de la realidad, a un modo de concebir y de pensar el Derecho. Y esas notas características y el ejemplo que les sirve de base nos muestran también que esa cultura jurídica que manifiestan no es la nuestra, que nos es ajena. Se trata, en efecto, de una cultura jurídica, aquella a la que llamamos *ius commune*, que pertenece al pasado, a un pasado cumplido y cerrado, ya desaparecido, convertido, tras una bastante clara frontera temporal, en un país extraño. En efecto, son extranjeros en el tiempo para nosotros el glosador primero y sus secuaces. Identificar ese país al que pertenecen supone hasta cierto punto también identificar los límites: lo es, por un lado, el de CELSO, del que alegremente se desentienden, y lo es por otro, por el opuesto, el nuestro, al que involuntariamente asombran. A esos abismos de tiempo, a esta complejidad cronológica nos va llevando nuestro ejemplo.

Las fronteras aíslan, pero también comunican. Esa cultura jurídica a la que pertenecen nuestros glosadores y comentaristas, viva en gran parte del occidente europeo y en sus extensiones territoriales durante la Baja Edad Media y la Edad Moderna, puede conocerse desde la nuestra, puede convertirse en objeto historiográfico. Pero creo que para hacerlo con ciertas garantías han de tomarse algunas precauciones:

En primer lugar ha de hacerse el intento de comprenderla desde su misma lógica interna, desde sus propias categorías, que podrían tal vez resultar, para nuestros aparentemente excéntricos intérpretes del Digesto, tan extrañas como lo son para nosotros las discusiones doctrinales sobre la resurrección.

Si la precaución no se toma, si el intento no se hace, la parte de la historia que no se pierda será parte que se traicione. Y es que no nos podremos poner en la posición de observadores, asomándonos a ese extraño país vecino. Si entendemos la frontera inexistente, lo que haremos es producir una invasión en toda regla, arrasando el país limítrofe sin tal vez advertirlo siquiera.

En segundo lugar ha de prestarse tanta atención a los contenidos del discurso jurídico como a la forma en la que éste se presenta: son tan relevantes las proposiciones normativas o jurisprudenciales como el orden en el que aparecen, como los criterios a los que responden las clasificaciones y las tipologías, como los lugares comunes, las contraposiciones y las yuxtaposiciones, o incluso como los silencios, las ausencias de aquellos elementos que esperamos encontrar y finalmente no vemos. Ha de evitarse así, en la medida de lo posible, la limitación en la valoración de las fuentes; no hay que circunscribirse en los testimonios escritos a lo más intelectualmente elaborado, sino atender también, al menos en tanto a través de tales fuentes se manifiesten, a comportamientos y actitudes, que nos muestren no sólo cómo el Derecho se piensa, sino también cómo se vive y cómo se siente.

Ha de atenderse, en definitiva, pues de eso finalmente se trata, no tanto a una aislada cultura que pueda calificarse de jurídica, sino al papel que corresponde al Derecho dentro de una cultura más amplia de la que el mismo Derecho forma parte. Consideremos así al Derecho, en el sentido en que ya lo hiciera Arón GURIÉVICH, como categoría distintiva, entre otras, de una determinada cultura histórica, de una cultura también genéricamente entendida como un modo específico de pensamiento y de representación de la realidad, integrada por el conjunto global y coherente de creencias, de ideas, de valores, de símbolos, de usos, de ritos, de convenciones, de comportamientos, que conforman la peculiar visión del mundo propia de una sociedad históricamente determinable, situada en un tiempo y en un espacio propios.

* * *

En cuanto manifestación o proyección de una cultura, el Derecho es vía de acceso para su entendimiento, un instrumento que posibilita su conocimiento. Pero ¿hasta qué punto? ¿Qué peso como categoría cultural ha tenido históricamente el Derecho? ¿Qué papel tuvo y qué función cumplió como conformador de la cultura de ese país limítrofe con el nuestro, de esa nuestra sociedad vecina en el tiempo, la bajomedieval y moderna del *ius commune*? ¿Cuál fue su entidad como parte integrante del «patrimonio cultural» (y acerquémonos así a la más propia terminología de este encuentro) de ese pasado que —insisto en la distinción para evitar malentendidos—, es el nuestro pero no es nuestro presente? Me parece que podemos responder de forma bastan-

te adecuada a esta cuestión acercándonos al modo en el que entonces se entendieron tanto el preciso concepto de equidad como la más genérica idea de orden.

El punto de partida para emprender desde el punto de vista de la cultura jurídica occidental contemporánea un análisis de los conceptos de equidad y orden en el derecho común europeo de formación medieval, con las potencialidades de conocimiento indicadas, creo que puede ser el siguiente: la determinación del derecho vigente (esto es, su fijación en norma positiva), y la aplicación del derecho vigente (esto es, la solución judicial de conflictos) no se conciben como realidades separadas, sino, en todo caso, como aspectos diversos de una misma realidad. La manifestación más evidente de esta concepción unitaria es la titularidad indistinta de ambos poderes, el de hacer normas y el de aplicarlas. No hay titular de poder normativo que no lo sea simultáneamente de poder judicial, siendo precisamente éste (el que hoy tendemos a colocar en último lugar) el primero y definitorio: en el pensamiento jurídico propio del *ius commune* el símbolo del poder público es la figura del juez, no la del legislador. No hay poder judicial que no lo sea simultáneamente de determinación del derecho.

En realidad este punto de partida es consecuencia necesaria de nuestra irrenunciable posición de observadores (desde una cultura, desde una época, desde un país extraño) de un mundo ajeno. Haciendo el esfuerzo por construir un punto de partida más acorde con las categorías, con las representaciones mentales de ese mundo ajeno (el de la cultura jurídica propia de la cristiandad medieval de Occidente), no hubiéramos necesitado aludir desde el inicio a una dualidad de poderes (legislativo y judicial) que conviene en nuestro caso olvidar como distinción necesaria, ni hubiéramos tampoco echado de menos, como sin duda tendemos ahora a hacer, una mención a un poder ejecutivo o administrativo tan visible en nuestro presente como difuminado o indistinguible en la cultura del *ius commune*.

Hay en esa cultura una relación básica entre la idea de poder y la idea de orden, pero el segundo no es creación del primero, sino el primero garante del segundo. El titular de poder público es el que mantiene un orden que le es previo y le viene dado, el que lo restaura cuando ese orden sufre merma, el que cuida de su reproducción y de su vigencia eterna; el titular de poder público ni establece ni crea el orden que mantiene. Propiciar y sostener para siempre la paz y la justicia es la función de quien ostenta y ejerce legítimamente el poder.

Las distintas manifestaciones del poder, las decisiones y los actos en los que se concreta, judiciales, normativos, o «administrativos», se conciben como funciones (facultades, pero también cargas) de una *potestas* unitaria, la

jurisdiccional. El poder público, es decir, aquél que se ejerce legítimamente fuera del terreno estrictamente familiar, es jurisdiccional, y *iurisdictio* es el término que lo designa. Para el sustantivo saber etimológico medieval, *iudex* es aquel que *ius dicit*, el que dice el derecho, el que ejerce la dicción del derecho, la *dictio iuris*, la *iurisdictio*. Su función fundamental es realizar la justicia, una justicia particular que venía a definirse también a partir de una formulación de la jurisprudencia romana a la que esta vez los glosadores no sacaron punta tan milagrosa: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*; función del *iudex* era la realización y mantenimiento de esa voluntad perpetua y constante de dar a cada uno su derecho, de decir el derecho que a cada cual corresponde.

Pero este término de *iurisdictio* no agota su sentido en esa función concretada en la decisión judicial que hoy identificamos como estrictamente jurisdiccional. Entre los juristas del *ius commune* circulaba como lugar común una definición de *iurisdictio* tan precisa en sus términos como abierta en su significado. Precisa en sus términos porque siendo de formulación muy temprana, sus palabras apenas varían durante casi seis siglos, y abierta en su significado porque es el punto central de toda una concepción del poder político de larguísima vigencia: *Iurisdictio est potestas legitima de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi aequitatisque statuendae*, la jurisdicción es la potestad legítima y pública consistente en decir el derecho y establecer la equidad. Analicemos la definición paso a paso.

Iurisdictio est potestas, jurisdicción es poder. No cualquier poder, sino un poder que se califica de público y de legítimo.

Para que un poder se considere jurisdiccional ha de ser público; las relaciones de supra y subordinación que de él dimanen, la situación de dominación que se establezca entre el titular de la *potestas* jurisdiccional y quienes están sometidos a ella, han de situarse al margen de la esfera privada. No es necesario recordar ahora lo difícil que resulta separar con nitidez, en el ámbito del derecho, lo público de lo privado; lo resulta hoy, en un presente que es heredero directo del tiempo ya contemporáneo en el que doctrinalmente esa *summa divisio iuris* se configuró como tal, y más lo resultaba en un tiempo como el que aquí nos ocupa, que aunque no desconocía elementos básicos para construir intelectualmente la distinción, no lo hizo porque culturalmente no le concernía, porque estaba fuera de su horizonte de comprensión del derecho. A los efectos precisos que interesan al concepto de *iurisdictio*, lo público se entiende como exclusión del ámbito doméstico o familiar. No es que en este terreno no existan relaciones de poder, pues muy claramente las hay; lo que sucede es que no se entienden jurisdiccionales, y el discurso que las explica, y la disciplina que las regula (la *oeconomica*), no está sometida a

los condicionamientos discursivos y disciplinares que corresponden a lo jurisdiccional.

No sólo es una potestad pública, sino que también es legítima. Se excluyen en virtud de tal condición las relaciones de poder *de facto*, de hecho, las nacidas del simple arbitrio de la voluntad del poderoso, las que se realizan al margen del *ius*, del derecho, las que no son coherentes con lo que se estima lo recto, lo derecho, lo justo. Esto niega la condición de jurisdiccional a cualquier acto de poder ejercido por alguien no investido a todos los efectos de tal potestad, pero sobre todo excluye aquellos actos del titular de jurisdicción que se sitúen fuera de las fronteras de lo jurídicamente admisible.

La potestad jurisdiccional, esa potestad legítima y pública, consiste o se resuelve en decir el derecho y establecer la equidad, *ius dicere* y *aequitatem statuere*, según la definición que antes veíamos.

Poco o nada tenemos que añadir con respecto a la expresión *ius dicere*, decir el derecho: es función reconocida del *iudex*, del magistrado; y es expresión que se suele hacer coincidir con la de *ius reddere*, la función de decir el derecho sentenciando, de administrar justicia diciendo el derecho que a cada uno corresponde. El que tiene potestad jurisdiccional, el titular de jurisdicción, es siempre, por tanto, juez.

Aequitatem statuere, establecer o estatuir la equidad, también es función que corresponde al titular de jurisdicción. Aquí ya son necesarias mayores explicaciones porque el significado de la expresión no se hace evidente o no se deduce de lo que hemos venido diciendo hasta aquí. Estatuir la equidad es expresión que genéricamente remite al establecimiento de norma. La potestad jurisdiccional es potestad normativa, porque es la de hacer normas facultad que se reconoce también a su titular. Claro que hay expresiones más directas para aludir a la potestad normativa: *condere legem*, *facere legem*, *condere* o *facere ius*. Pero la expresión *aequitatem statuere*, aunque resulte su significación menos evidente para nosotros, no se tiene en la época por equívoca.

Se concibe que la equidad, la *aequitas*, es dual. Hay una equidad superior, que se sitúa por encima del derecho, de presencia y vigencia indiscutida y objetivamente existente. Se tiene por realidad viva, previa al derecho, pero inconcreta y abstracta. Es la equidad ruda, la *rudis aequitas*, conformada por principios indisponibles que han de constituir la materia de la que están hechas las leyes. Hacer las leyes no es más que concretar en preceptos precisos los principios de esa equidad previa y superior, o, en otras palabras, transformar la equidad ruda en equidad constituida, *aequitas constituta*. Esta es la segunda manera de equidad, la equidad hecha norma por quien tiene poder

jurisdiccional, el poder legítimo y público de decir el derecho y estatuir la equidad.

Las consecuencias de esta concepción merecen destacarse: en primer lugar, el derecho no se crea, la norma no es creada. El derecho se declara, se establece, se define, pero no surge de un proceso autónomo basado en la mera *voluntas legis latoris*. Nombres genéricos que se dan a la norma sirven de argumento a la jurisprudencia para desarrollar esta concepción: *constitutio*, la constitución, lo constituido, la *aequitas constituta*; *statutum*, el estatuto, lo estatuido, la *aequitas statuta*. Es más correcto comprender la génesis de la norma como interpretación que como creación. Quien hace leyes es un intérprete de la equidad ruda, convirtiéndola en constituida mediante un proceso interpretativo. El texto de una constitución incluida en el *Codex* justiniano (C 1,14,1) que atribuía al príncipe la facultad de establecer la interpretación interpuesta entre la equidad y el derecho, parecía literalmente corroborar, con toda la autoridad de la compilación justiniana y abriendo un título precisamente *de legibus*, esta concepción. Tan sustancial se considera el ligamen entre equidad y derecho, que en esa adecuación de la norma a la *aequitas rudis* radica la causa, la razón, o el alma de las leyes, *causa legis*, *ratio legis*, *anima legis*. Una ley sin causa no es ley, una ley sin alma no es más que letra muerta. Constituye esa causa o esa razón el elemento más sustancial de su concepto; si de él carece la norma, su inobservancia es legítima, le ley no obliga porque no es ley.

Y segunda consecuencia: la de hacer leyes es una potestad jurisdiccional, la legislación es jurisdicción. No hay separación radical ni diferencia sustancial entre la función de decir el derecho sentenciando y la de establecer la equidad legislando. Son dos facetas de la misma *potestas* pública y legítima jurisdiccional, que corresponden al mismo titular, genéricamente al *iudex*, al magistrado (el rey es el primero, pero no el único). Por eso no es extraño que en discurso de los juristas la designación de cada una de estas dos dimensiones de la potestad jurisdiccional sea un tanto imprecisa, cruzándose las expresiones y los significados: *ius dicere* es decir el derecho que a cada uno corresponde, y así es sentenciar, pero es también decir el derecho que rige y está vigente, y así es hacer normas; *aequitatem statuere* es traducir la equidad ruda a preceptos susceptibles de aplicación directa, y así es hacer normas, pero también el titular de jurisdicción en su función judicial ha de tener presente no sólo la norma, sino asimismo la equidad (el juez debe siempre tener la equidad ante los ojos) para atemperar el rigor del derecho que ha de aplicar en cada caso. El titular de jurisdicción, como juez o como legislador, ejerce una labor de interpretación, y es esto lo que acomuna su doble función, esa dimensión dual de la *potestas* jurisdiccional, sustancialmente una. El que hace la ley es intérprete. El titular de jurisdicción actúa, en su papel de legislador, como

intérprete de un orden superior que hace visible, concreta o declara. No es sustancialmente distinta esta función, por tanto, de la que el mismo titular de jurisdicción ejerce cuando actúa en su papel de juez. En este caso es, por lo común, intérprete del derecho declarado, de la equidad constituída, de las normas positivas del derecho vigente. Pero nada le impide, como intérprete de equidad que es, cumplir tal función mediante aplicación directa al caso concreto de principios de equidad ruda sin previa definición normativa. Y es que resulta verdaderamente arduo, si no imposible, encontrar criterios de distinción verdaderamente sustanciales. La pluralidad o singularidad del destinatario no es distintiva: hay sentencias que pueden tenerse como normas y hay normas que afectan sólo a destinatarios singulares. Hay toda una ingente y circunstanciada elaboración doctrinal sobre el valor como criterio general disciplinante de las sentencias del príncipe, y éstas aparecen con frecuencia formando parte de los libros de leyes. La interpretación de equidad a la que responde la decisión particular ha de ser coherente con criterios generales de equidad que a todos pueden afectar. Y hay también toda una elaboradísima literatura sobre la norma singular o privada, sobre la que afecta a uno solo, a una corporación de ámbito reducido o a un linaje. La posibilidad de un ordenamiento singular, o mejor, de muchos ordenamientos singulares alimentados de rescriptos y privilegios (y también, coherentemente con lo que acabamos de decir acerca de ello, de decisiones judiciales, sentencias o decretos) aparece entonces como natural e inevitable. La exigencia de causa tampoco es distintiva: igual que sucede en el terreno en el que se desenvuelve la potestad normativa, también se requiere causa en la decisión judicial, esto es, razón de adecuación entre la decisión concreta y la equidad, sea tal razón expresa o no. Su ausencia deslegitima la decisión, como en el caso de la ley. Un acto jurisdiccional sin causa no es un acto de poder legítimo. Esta indistinción sustancial entre funciones judiciales y normativas como concreción o constitución de equidad es además es un factor de flexibilidad considerable. El acto jurisdiccional puede ser formalmente tan diverso que podrá adecuarse con singular facilidad a la concreta finalidad que persiga.

* * *

Avancemos un paso más: ¿cuál es el contenido preciso de esa *aequitas rudis*? No hay respuesta concreta y acabada en la jurisprudencia del derecho común para una pregunta como esta, seguramente porque la respuesta pertenecería a ese conjunto de enunciados que son evidentes por sí solos dentro de los parámetros de una determinada cultura jurídica. Dentro de ella la pregunta no se esperaría, como tantas otras que hoy hacemos a aquellos textos jurisprudenciales del *ius commune*, y es difícil construir, con esos textos, la respuesta. Difícil pero no imposible.

Alusiones hay, y no pocas, que dotan de contenido a esa equidad ruda que en principio parece tan inasible. Se la relaciona en los textos con órdenes jurídicos superiores, que se sitúan por encima del derecho humano positivo. Son el *ius divinum*, el *ius naturale*, el *ius gentium*, derecho divino, derecho natural, derecho de gentes. Las tres se entienden como esferas jurídicas objetivas, existentes y operantes, y no como meras abstracciones sólo aparentes en el campo de las ideas. El derecho divino es el establecido directamente por Dios, conocido a través de la revelación e incorporado a los libros de las Sagradas Escrituras, tan marcadamente preceptivas en muchos de sus pasajes, tanto del Viejo Testamento como del Nuevo. Como derecho procedente de la voluntad de Dios, el derecho divino es inalterable por el hombre, es indisponible. Es derecho natural es el común a todas la criaturas, y el conjunto de sus preceptos constituye el *ordo naturae*, el orden de la naturaleza establecido por Dios en la creación. El derecho de gentes no es más que la dimensión humana del derecho natural, el derecho natural que concierne a los hombres, y no a los demás seres de la creación. La denominación *ius naturale* incluye entonces a la denominación *ius gentium*, y el origen de ambos derechos es la misma voluntad de Dios que ordena el derecho divino. Esas tres esferas de derecho indisponible son en realidad reconducibles a una sola, pues todas tienen en Dios su origen último.

La obra del hombre no puede vulnerar la obra de Dios, de modo que el derecho humano no puede contrariar o contradecir el derecho de origen divino. Por el contrario, debe reflejarlo, manteniendo sus principios e introduciendo las distinciones y previsiones necesarias para la mejor realización de la voluntad divina. Con respecto a la ley o a la norma, por tanto, ya se ve que el derecho indisponible está en el mismo plano que la equidad ruda, coincidiendo en verdad con ella.

Una segunda identidad de esa equidad ruda nos interesa ahora señalar, y es la justicia. Es una justicia ahora entendida en un sentido objetivo, al margen de ese ámbito de subjetividad que abre el término *voluntas* en la que se centra la definición de justicia particular que antes vimos. Cuando se dice que el autor de la justicia es Dios y el autor del derecho el hombre (y es esta una frase repetida hasta la saciedad como tópico de argumentación en la época que nos ocupa), se está situando el término *iustitia* en la posición que a la *rudis aequitas* corresponde con respecto a la norma. Pero, definidos uno y otro plano, el de la *iustitia* y el del *ius*, ¿se establece entre ellos la misma conexión de causa, razón o alma que veíamos con respecto a la *rudis aequitas*? Precisamente la conexión venía expresa en los fragmentos ulpianos sobre la justicia que abren el Digesto. En ellos, y en un pasaje cuya significación originaria es fruto de discusiones entre los romanistas, se reconocía que *ius est a iustitia appellatum*, que el *ius* se llama así por la *iustitia*, que *ius*

a iustitia dicitur, que el derecho se dice así porque deriva de la justicia. Tenemos así a la justicia como entidad objetiva superior y previa al derecho, y al derecho como derivación suya, situados ambos conceptos en una posición que al jurista medieval le resultaba tan familiar como cualquier otro tópico de argumentación basado en la etimología, argumentos estos no sólo atinentes a la forma de las palabras, sino también a su significación más profunda.

La objetivación de la justicia y su conexión con lo divino tiene su expresión más directa en la identificación *Iustitia est ipse Deus*. No es que hubiera en la época fronteras disciplinares muy precisas, pero expresiones como esta son ilustrativas del entendimiento teológico de la *iustitia*, o, en otras palabras, de su abordaje doctrinal más en la obra de los teólogos que en la de los juristas. Son teólogos los que mostrarán mayor afición a la escritura de tratados *De iustitia et iure*, y como tratados pertenecientes al terreno de la teología se clasificarán los que con ese título se difundan. *De iustitia et iure* es, como se sabe, el epígrafe del título inicial del Digesto, el primer título del *Digestum Vetus*, la apertura por tanto de toda la colección de libros que desde los principios de la época del *ius commune* constituye el *corpus iuris civilis*. Situación tan preeminente no dejaba de causar perplejidad entre los juristas, que se cuestionaban el porqué de un tratamiento específico «de la justicia y del derecho» cuando ese debía ser el objeto de la totalidad del *corpus iuris*. De hecho parece que el jurista siente una cierta incomodidad ante un título como este. Le interesa más la justicia en particular (que no dejará de manifestarse a todo lo largo del *corpus*), que su abordaje en general. La obra de comentaristas cimeros como Bártolo DE SAXOFERRATO y Baldo DE UBALDIS, o su mismo contemporáneo Alberico DE ROSATE, a quien ya conocemos, son de parquedad significativa en el punto que nos interesa, y llamativa habida cuenta de que se trata de título de apertura y susceptible de extenso tratamiento en las *lecturae* de estudios y universidades. Al jurista parece interesarle más el abordaje de la *iustitia in iure* que el más genérico *de iustitia et iure*. Se ha llegado a defender en nuestros días que el sentido real de la expresión *de iustitia et iure* es «acerca de la justicia traducida en el derecho», y no «acerca de la justicia y del derecho»; sea ese el sentido originario o no, lo que sí desde luego parece es que así la expresión pudo entenderse en la época que nos ocupa, en la que el derecho fue traducción de la justicia.

Traducción de la justicia: la justicia se hace, se realiza, se declara, a través de las dos vías, judicial y normativa, que hemos visto como propias de la potestad jurisdiccional. Ejercer jurisdicción, ejercer poder político, es hacer justicia interpretando equidad. Este entendimiento introduce además un notable factor de flexibilidad, porque supone necesariamente un juicio de oportunidad que diversifica la solución. La realidad a traducir es inmutable, pero las posibilidades de traducción son plurales no sólo en lo que afecta al revesti-

miento formal del acto de poder, sino también en lo que afecta al sentido de la decisión misma. Que se tome como base de la decisión un proceso interpretativo supone la probabilidad de la respuesta plural. Siendo la norma positiva necesario reflejo de orden superior indisponible, objetivo y de valor eterno, la norma se hace para que valga siempre, y en este sentido no hemos de considerar de significación sólo retórica u ornamental las muy claras previsiones de vigencia eterna que se encuentran en las leyes medievales. Mas esto no significa que no puedan cambiar nunca, pues las decisiones normativas del titular de jurisdicción han de adaptarse necesariamente (y *necessitas* es el término que la jurisprudencia utiliza para referirse a esta problemática) a circunstancias cambiantes. Mas la nueva norma, la exigida por las nuevas circunstancias, no desplazará a la antigua, cuya sustancia la conforma una causa aún subsistente. El referido factor de flexibilidad se concreta, entonces, en la necesaria coexistencia, a veces difícilmente compatible, de varias soluciones distintas pero igualmente válidas, lo que permitirá siempre la alegación justificada de la norma antigua como vigente y adecuada a la solución de un conflicto concreto. Y ese factor de flexibilidad, operando en un horizonte de eternidad, es un mecanismo de supervivencia. Estamos ante un modelo de aplicación efectiva de un orden superior que dispone de los resortes precisos para convertirse en perdurable, tanto como el intemporal orden que pretende mantener.

* * *

Pero, pese a todo, ese orden que se quiso eterno voló con los vientos revolucionarios. Vayamos concluyendo con ellos: la sociedad de Antiguo Régimen, la anterior a las revoluciones burguesas, se representaba a sí misma regida por un orden de determinación divina. No era creación del Derecho ese orden, pero el Derecho era un instrumento básico, aunque no único, para su reproducción y mantenimiento, disciplinando comportamientos, imponiendo conductas y castigando las transgresiones. A su esfera pertenecía esa voluntad inexorable, constante y perpetua, de dar a cada uno lo suyo, de sujetar a cada uno en el lugar que le correspondía. Y en cuanto reflejo y garante del orden social primordial y básico, su conocimiento, el del Derecho, es apropiado instrumento de acceso para conocer la cultura en la que se integra. Y buen instrumento también para reconocer, por añadidura, que a esa otra cultura ya fenecida pertenece, y no a la nuestra. El Derecho al que hoy nos hemos asomado no es el nuestro, no puede resultar elemento patrimonial de la cultura presente. Esta cultura, la nuestra, se comenzó a construir sobre la descomposición y ruina de la otra, de la pasada, con vacilaciones, titubeos y permanencias, desde luego, pero también con decididas opciones de cambio.

Y tras la brevísima conclusión, permítaseme todavía una brevísima explicación: he querido conducir la consideración del Derecho como cultura hacia la manifestación de las diferencias porque, no sé exactamente por qué, la tentación primera suele tender a destacar lo contrario, centrándose en el grandilocuente discurso del legado de los siglos, y alabando una vetustez superficial sin que críticamente se atienda a lo que más sustancialmente oculta. Tuvimos ejemplos en épocas de figuración nacional, y los tenemos también ahora, en estos tiempos de figuración de la identidad cultural europea. Si hay un patrimonio jurídico común europeo con dimensión histórica, no hemos de ponerlo en valor resucitando a ingeniosos glosadores y a comentaristas concienzudos, o inquietando la memoria de jurisprudentes romanos. Intentemos entender el legado que nos dejaron, pero dejémosles descansar en paz en sus tumbas. Y a Lázaro también.

**EL PATRIMONIO DOMÉSTICO
Y SU SIMBOLOGÍA. LA CULTURA
POPULAR CASTELLANA A TRAVÉS
DEL AJUAR MOBILIARIO DEL HOGAR
DURANTE EL ANTIGUO RÉGIMEN**

Máximo García Fernández
Universidad de Valladolid

La pretensión de este estudio es conocer más en profundidad el patrimonio doméstico y la cultura popular latente detrás del ajuar mobiliario del hogar castellano, puesto que desde esa perspectiva cultural su simbología permite plantear interesantes reflexiones históricas sobre la propiedad en el Antiguo Régimen.

Utilizando como fuentes documentales los inventarios post mortem, las particiones hereditarias y las cartas femeninas de dote matrimoniales, puede conocerse el contenido de los bienes existentes en el interior de las viviendas vallisoletanas o palentinas y de otros pueblos cercanos. Su análisis y cuantificación permite rastrear la existencia en muchas de ellas de abundante mobiliario, ajuar de casa, menaje de cocina, libros y ciertas pinturas, cuadros, láminas, relicarios, pilas de agua bendita, medallas, escapularios, rosarios, esculturas o joyas. Además de camas y muebles, muchos castellanos, no necesariamente ricos, contaban también con esas otras «obras de arte». La cantidad de dichos enseres y su valoración en dinero dependía de la capacidad económica de sus poseedores, aunque no se tratase de piezas elaboradas en talleres renombrados, sino de reproducciones populares que llenaban las estancias de decenas de hogares. No obstante, son suficientemente abundantes para valorarlas desde esta óptica.

Para conocer el valor simbólico de dicho mobiliario e imágenes pictóricas debe establecerse la proporción monetaria que representaban en las haciendas familiares, definir su evolución durante la Edad Moderna y, más en concreto, la tipología de las advocaciones religiosas pintadas en las mismas. Por todo ello, creemos interesante presentar este capítulo, muchas veces olvidado de la historia cultural, como un foco que refleja una determinada mentalidad y también desde el punto de vista de conocer las implicaciones patrimoniales que para ciertos sectores gremiales y comerciales constituían tanto el ajuar de casa como las «colecciones» artísticas populares.

Además, la ausencia o una mayor o menor cantidad de piezas en cada hogar castellano marcaba el patrimonio mueble familiar. Por eso, la acumulación de enseres y la variedad y calidad de los mismos definía uno de sus signos externos de riqueza. Y, con el paso del tiempo, el desarrollo patrimonial en el interior de las viviendas también empezaba a estar ligado a unas actitudes y hábitos más cultos y refinados, unidos a los conceptos de «buen tono social» y «gran mundo». Así, la presencia de objetos muy característicos (librerías, joyas, cuadros, géneros comerciales, ciertos muebles o la profusión de determinados tejidos y prendas), lentamente y a medida que la sociedad tendía a su apertura liberalizadora y más consumista, iba definiendo los estatus.

El simbolismo del libro, de las pinturas, de la posesión de joyas, de la tenencia de un menaje de mesa completo, de ciertos objetos de adorno y de mobiliario moderno y abundante, diferenciaba culturalmente a sus propietarios. La cronología de su aparición en un hogar también incide y refleja esa misma variable cultural.

Así, el compartir los espacios, «compartir cama y plato», decía mucho de cada familia. Por eso, la cocina, la sala o la habitación conyugal (o la presencia del «estrado femenino») podían presentar múltiples significados claramente diferenciadores. De ahí también la tardía aparición de los «retretes», con su importancia para la comprensión de las relaciones domésticas. El propio «lecho cotidiano» definía muchos patrimonios: la simple y única cama de madera —de tablas, cordeles o ya con somieres— se contraponía simbólicamente a otras bien armadas con colchones y toda su ropa y hasta con doseles.

Lo mismo que la importancia de los numerosos baúles y bancos existentes. Base mobiliaria sobre la que se irían superponiendo, en cantidad, calidad y variedad, hasta empezar a minimizar su protagonismo, los sitiales y sillas, primero, y después, los escritorios, sofás, sillones-poltronas, rinconeras, cómodas, tocadores, armarios roperos o las mesitas de noche... De la misma manera que remarcaba distintas «posiciones de civilización» la posesión de platos y la presencia de tenedores y cuberterías, y la evolución de su número por persona; máxime cuando en una vivienda se mezclaban con profusión bandejas, cucharones, salvillas, marcelinas, jarros, soperas, ensaladeras..., se producía una multiplicación de lozas, cristalerías y porcelanas chinas, o se incorporaban al menaje usual, además de las típicas chocolateras, las tacitas y cucharillas de café.

La inexistencia de sistemas de calefacción de palanganas o la persistencia temporal de muchos braseros de cobre incide en la misma línea. Al igual que la tenencia de adornos y ornamentos variados y apreciados, de joyas o de plata labrada. O de «objetos sacralizados» (pilas de agua bendita, pinturas reli-

giasas —bíblicas, marianas y del santoral—, rosarios, «sagrados corazones» y estampas), frente a retratos y esculturas caras.

La ropa blanca de cama (sabanería), las prendas de mesa (mantiles y servilletas) y las de decoración del interior de la casa (cortinas y alfombras) presenta significados concomitantes, sobre todo si constituían ya conjuntos unitarios con el calificativo modernizador de cuberterías, mantelerías, «juegos de», «mudas», etc.

El desarrollo e innovación del vestuario externo, de la zapatería, de la moda de los pañuelos y mantones, de la visión pública de chisteras, pelucas, levitas, bastones y relojes de bolsillo masculinos y de una amplia serie de complementos femeninos (sombleros, abanicos, sombrillas, paraguas, cintas, bolsos, cinturones...) reinceide en esa definición de nuevas conductas, en consumir y gastar más y/o de forma diferente, en marcar barreras patrimoniales externas y en apreciar evoluciones colectivas contrastadas.

CAMBIOS EN LA CULTURA MATERIAL DE LOS HOGARES

La riqueza familiar es el primer factor explicativo de la acumulación, cantidad, variedad y valor del mobiliario. Además, el grado de urbanización (y de acceso a las redes de distribución y comercialización) también jugó un importante papel en el incremento del gasto en el menaje de cocina, lozas y vajillas¹. Aunque el desembolso rural tendiese a invertir cada vez una mayor parte de su presupuesto en esos conceptos, se aprecia una relativa austeridad del «ajuar de casa» de las familias campesinas (entre un 40% y un 60% menor que en la ciudad de Palencia) en el equipamiento del hogar, la decoración interior o las pinturas. El «sentido de lo doméstico» no creció y no fue generalizándose hasta la primera mitad del siglo XIX, aunque muy poco y lentamente todavía, y, por eso, por ejemplo, espejos, libros o relojes de pared apenas se recuentan y prácticamente sólo aparecían en los patrimonios altos-medios de los ámbitos urbanos.

No obstante, en el Valladolid del siglo XVI se reiteraba con asiduidad el término lujo²: tanto el cotidiano del interior de las viviendas como los siempre perceptibles, variados y reconocibles signos externos de riqueza (consumo de

¹ Fernando RAMOS, *Pautas de consumo familiar y mercado en la Castilla preindustrial. El consumo de bienes duraderos y semiduraderos en Palencia, 1750-1850*. Universidad de Valladolid, diciembre, 2001. (Tesis Doctoral Inédita); «Principales cambios en la cultura material del hogar familiar», págs. 233-270.

² Bartolomé BENASSAR, *Valladolid en el Siglo de Oro. Una ciudad de Castilla y su entorno agrario en el siglo XVI*, Valladolid, 1983; págs. 55-91 y 417-429.

enseres domésticos y de vestuario personal), reflejando parte de las posibilidades de su desenvolvimiento material. Y en el XVIII, Campomanes decía que «es absolutamente imposible conservar el decoro de los nobles si se nivelan a un mismo gasto y vestido». Por eso, a comienzos del siglo XIX, la *Novísima Recopilación* reincidía en el mantenimiento de las leyes contra la extensión del boato y un acceso limitado, exclusivo y privilegiado al mercado suntuario, en la misma línea que lo hiciera Sempere. Según sus ideas, precedidas de toda una legislación que provenía del Quinientos, el estamentalismo «irrita la vanidad e inclina a buscar medios de distinguirse o parecerse a las clases inmediatamente superiores; en cuya competencia consiste el estímulo principal del lujo»; no obstante, en función de su concepción utilitaria y burguesa, también «el lujo es necesario al Estado... al apreciarse los hombres no por su conducta, sino por su porte exterior; y en donde el ir bien vestido es una de las circunstancias que más se atienden para ser bien recibidos, hombres y mujeres, en las concurrencias públicas y privadas. Es prueba de lo difícil que es contener el lujo, y servirá de mucho el reflexionar sobre algunos cuerpos que, por sus estatutos particulares, tienen prescrita la forma del vestido y cierto método de vida poco compatible con los excesos y extravagancias de la moda... permitiendo que entre ellos el lujo multiplique los consumos... Si los hombres se contentasen con lo necesario, apenas habría comercio... [pues] quien no conoce no desea»³.

En España, empero, hasta la aparición a mediados del Ochocientos del nuevo concepto de vida cotidiana y «cotidianidad»⁴, con sus ritos de paseos, visitas, sociedades de recreo, bailes o encuentros en balnearios y playas, para los sectores burgueses (y de talleres, veladas, tabernas y cafés —también focos masculinos de la vida política, y de tertulias literarias o artísticas—, como centros de encuentro obrero), se mantuvieron inmutables muchos de los rígidos valores tradicionales.

Todas las ciudades empezaron a contar en aquella época con nuevas tiendas especializadas y «espacios de paseo» para la práctica externa de la sociabilidad ente los «grupos elegantes», con sus constantes y exclusivas ostentaciones públicas (un «inequívoco símbolo de distinción reservado a la sociedad más selecta», mientras los sectores populares desarrollaban rituales de imitación respecto a dicha burguesía)⁵. Se trataba de la expansión de los

³ Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Luxo y de las Leyes Suntuarias de España*, Madrid, 1788.

⁴ Rafael SERRANO GARCÍA, *El fin del Antiguo Régimen (1808-1868). Cultura y vida cotidiana*, Madrid, 2001, págs. 181-194.

⁵ En León había «algunas tiendas aceptables de tejidos y de comestibles (*El arca de Noé* era el nombre favorito para las que vendían de todo), y unos cuantos cafés muy modestos. No es una

«salones» (lo mismo que de los teatros, liceos, kioscos de música y casinos) donde se facilitaría el encuentro de las elites ciudadanas, en un afán de clase y no exclusivamente de riqueza superiores, por controlar los espacios destinados al ocio, reservando el protagonismo a quienes así se mostraban, y exigiéndose vestir a la última moda para preservar el ámbito privilegiado de las apariencias y del lucimiento personal.

Además, entonces, la «visita burguesa» fomentaba los mismos intercambios privados, permitiendo el concierto de negocios o el pacto de noviazgos dentro de sus viviendas. Para ello se utilizaba la parte mejor y más amplia de la casa, en torno al piano y a numerosas sillas y sillones, donde «recibían» y organizaban las tertulias, en una «ideología de la domesticidad» que también fue modelando las relaciones entre sexos.

Así, la nueva concepción simbólica de lo doméstico tendía a primar el confort exhibicionista, concentrando la riqueza en la acumulación de muebles, cortinas, tapices, cuadros, alfombras, cristalerías, mantelerías, vidrios o ropa blanca⁶. Se enriqueció y refinó el menaje de cocina, aumentando el número y la calidad de los platos y vasos («juegos y servicios de mesa» completos), de las cuberterías y de numerosos objetos novedosos como salseras, pimenteros y saleros o ensaladeras. Por eso, también los hogares se poblaban de muebles modernos: los bargueños, papeleras o escribanías pasaron a ser conocidos como escritorios, mientras se multiplicaban las cornucopias, las mesas de noche, las cómodas, los canapés, los espejos y los biombos. De ahí la utilización del término «cultura material», para referirse a las numerosas mejoras respecto al Antiguo Régimen introducidas en el mobiliario del hogar, en el vestido personal y en los modales de la gente acomodada durante la segunda mitad del siglo XIX.

ciudad famosa por su comercio, y no se ve a gente paseando por sus calles estrechas. Los lugares de paseo y esparcimiento están a las afueras de la ciudad, y hacia allá se dirigen los domingos casi toda la población para ver y ser vista, mientras se pasea de aquí para allá junto al templete de la música»; H. Gadow (1897), citado en Agustín GARCÍA SIMÓN (ed.), *Castilla y León según la visión de los viajeros extranjeros. Siglos XV-XIX*, Salamanca, 1999, págs. 143 y 150. O «bajo los arcos de granito gris de los soportales de la Plaza Mayor y la Acera de San Francisco de Valladolid hay muchedumbres de sastres, zapateros y sombrereros (los tres oficios más florecientes en España), y allí se encuentran las tiendas elegantes, modistas, sombrereros y peluqueros y todo el movimiento de la población parece que se concentra en aquel punto... También se ven kioscos donde se venden los periódicos. Este es su paseo de invierno, acudiendo allí a tomar el sol, como los madrileños a la Puerta del Sol»; T. GAUTIER (1840) y J.-Ch. DAVILLIER (1862), en *Ibidem.*, págs. 338 y 343. Véase también J. GARCÍA MERCADAL, *Viajes de extranjeros por España y Portugal, desde los tiempos más remotos hasta principios del siglo XX*, 6 vols., Salamanca, 1999.

⁶ R. SERRANO, *op. cit.*, págs. 243-250. Por su parte, también se modificó de manera sustancial la forma de presentarse en público, reforzando una creciente preocupación por el vestido y por «seguir las modas», lo que se tradujo en un fuerte incremento del consumo de productos textiles: del atuendo exterior, de la ropa interior, del conjunto de la blanca de cama y mesa y de la presencia de cortinas y alfombras de adorno.

Con anterioridad la realidad era muy diferente. Las viviendas estaban alhajadas y amuebladas muy pobremente, y sin reflejar en su organización interna una diferenciación funcional neta entre sus distintos espacios, así como tampoco según sexos o edades. Sólo desde comienzos del XIX se fue introduciendo otro modelo de casa y de edificio burgués⁷. Aparecieron entonces nuevas habitaciones (el retrete o «comunes» —al lado de los orinales⁸—, el comedor, el «cuarto de estar», el vestíbulo, el gabinete —o «salita de confianza» femenina y «cuarto de costura»—, y el despacho o escritorio), dividiéndose las áreas dedicadas a la sociabilidad de las de uso privado. Así, mientras los salones ocupaban la parte delantera y noble, mostrando un mayor ornato y un rico y abundante mobiliario, las alcobas interiores se incorporaban a los dormitorios, limitando la promiscuidad pero sin decorarse con lujo todavía. Entre los sectores más acomodados también empezaron a aparecer cambios en el sentido de un mayor refinamiento del servicio de mesa, mediante una amplia y variada gama de objetos nuevos y una mejora sustancial de su calidad: frente a los platos de barro y estaño, comenzó a ser habitual la loza de Talavera, de la Moncloa, de la Cartuja de Sevilla y de Valencia, el cristal y la porcelana china, de Sajonia o de Limoges. Y se generalizaron los tenedores —bastantes de plata—, lo que reforzó el uso del cuchillo, junto a otras piezas como los cucharones, los trinchantes o las cucharillas, y constituyendo ya conjuntos unitarios; tendencia que también se observa en el aumento de las mantelerías.

LA ACOMODACIÓN DEL INTERIOR DE LAS VIVIENDAS. VESTIR LA CAMA, LA MESA Y LA CASA

A través de los distintos bienes existentes en el seno familiar, y valorando su stock (composición) y recambio (o reutilización), en los momentos capi-

⁷ *Ibidem.*, págs. 195-200. Aún en el Madrid de fines del XIX: «lo distante que estaba el lujo que entonces había de la medianía, en lo perteneciente a las comodidades y cortos regalos de la vida... y aún en las casas de los principales señores y superiores empleados, a la sazón dotados de pingües sueldos, el lujo mismo carecía de ciertos ribetes o perfiles, hoy parte principal de quienes viven con tal cual desahogo. Había, además, riquísimos señores, aún de la grandeza, cuyos gastos eran enormes, llegando al punto de ser derroche de cuantiosas rentas, y que, sin embargo, en punto a servicio de mesa, vivían como hoy viven personas de muy reducidos haberes», cfr. Alcalá Galiano, *Memorias de un anciano*, Madrid, 1878.

⁸ Los orinales eran la causa principal de que las calles de Valladolid estuviesen siempre sucias y feas, porque «no hay retretes ni sillas agujereadas, verdes y limpias, como en Francia; únicamente ciertos cacharros de barro, hechos como campanas invertidas, que son puestos en las habitaciones en un rincón o debajo de la cama, cubiertos con una tela, y que se llaman «servidores». La frialdad e incomodidad de este chisme... presencia vergonzosa... olor desagradable y aborrecible, haciendo los españoles roncar el cuenco sin ceremonia ninguna, y teniéndolo como un asiento de su propia jurisdicción»; B. Joly (1604), en A. GARCÍA SIMÓN (ed.), *op. cit.*, pág. 291.

tales de constitución matrimonial y el de la transmisión a los herederos de las haciendas, se constata la presencia, reiterada o no, de un elenco de prendas de vestir, de mobiliario doméstico, de menaje de cocina, de ropa blanca de cama y de otros objetos decorativos que denotan la existencia de ajuares modélicos y comunes para una mayoría de la población, además de una serie de enseres que definían estatus, mentalidad, dedicación profesional o riqueza superiores⁹. Por ejemplo, los «paramentos de cama rajados» con sus colchones y mantas frazadas eran habituales en cualquier casa; otra cosa es la cantidad y la calidad de dichos muebles: pocas viviendas disponían de dos y cuando aparecían más era siempre a partir de conjuntos patrimoniales elevados. La misma situación se aprecia con la sabanería y otros complementos de las camas, o con la presencia o no de sillas, mesas de nogal y de un mayor o menor número de arcas o alfombras, esteras, sobremesas, espejos, carpetas, almohadas de estrado y otros adornos domésticos; o de los siempre escasos platos y jarras (de Málaga o Flandes, aunque la mayoría fuesen escudillas de barro zamorano), cucharas (muy pocos tenedores) y otras piezas de vidrio.

De esta forma cubrían sus necesidades vitales, pero ¿sólo la capacidad económica era la clave para contar con mobiliarios y vestuarios importantes, o la emulación, la presencia en la ciudad de ricos comerciantes que facilitaban la publicidad e importación de nuevas modas y géneros extranjeros o la frecuente visión de una nobleza ricamente ataviada, contribuyeron a difundir entre los colectivos sociales intermedios tales prendas y enseres más suntuarios? ¿Los criterios de convivencia y familiaridad no definían también las evoluciones? La oferta marcaba la difusión manufacturera, pero los cambios en la demanda y una mayor facilidad para «ver y ser vistos» y tratar de reproducir objetos y calidades diferentes o novedosas también contribuyeron al fomento y difusión entre los diversos grupos socio – profesionales de ciertos productos, como con alguna frecuencia empezaban a criticar el sermonario eclesiástico y las reiteradas *Leyes Suntuarias* sobre los excesos en los lujos y vestimentas. La fortuna favorecía la extensión de gustos refinados, pero la imitación también permitía interesantes intercambios culturales. No obstante, la inexistencia de ropa interior, muy pocas camisas y una no excesiva decoración dentro de las casas informan de aspectos cruciales para la concepción de las escalas de valores vitales domésticos, aspectos sanitarios y el confort, o la posterior evolución de estos extremos durante la Edad Moderna, mostrando los cambios y permanencias de las principales necesidades masculinas y femeninas, puesto que de cómo solucionaban los problemas de mostrarse en público, de adornar su cuerpo, asearse, preparar la habitación y

⁹ Vid.: Jaume TORRAS y Bartolomé YUN (dirs.), *Consumo, condiciones de vida y comercialización. Cataluña y Castilla, siglos XVII-XIX*, Ávila, 1999.

acondicionar la cocina, la mesa y toda la casa, se desprenden múltiples facetas para comprender mejor aquella sociedad castellana¹⁰.

La procedencia de buena parte de dichos objetos era muy cercana (se constatan camas encajadas «de las del barrio de Santa María de Valladolid», mantas «de Palencia», estampas «de la calle Santiago de Valladolid», muchas «baquetas de la tierra», etc.). Los ajuares dotales y los inventarios particulares o de tiendas de mercaderías también permiten conocer, en parte, su origen. Así, podían consumirse numerosas varas de Ruán y «holandas», junto a telas de oro de Milán, sedas y cintería de colores florentinas, paños pardos de Perpiñán y Contray o lienzos flamencos. Las telas extranjeras —paños, lienzos e hilazas— y, en menor medida, el mobiliario de Holanda, Milán, Ruán o Contray eran numerosos y de calidad. También llegaban de Londres —sayos—, Irlanda —bernias y cueros—, Portugal —hilo y esteras— o Saboya —cofias de seda—; junto a tocas y colchas de Bretaña y gorgueras de París. Y había cofres, sobre todo, y calentadores, escobillas, «barros» (vajillas) o camas de nogal de Flandes, alfombras y cubiertas de mesa turcas o moriscas, antepuertas, paramentos o tapices «de las Indias» o sillas y cueros franceses¹¹.

Además, se demandaban con asiduidad productos procedentes de otras regiones peninsulares. De los especializados talleres de Salamanca llegaban todo tipo de muebles decorativos (destacando los solicitados reposteros; y poyales, cabezales, sobremesas, antepuertas, bancales, arcas y alfombras), de Valencia su calzado (chapines; o rasos, esterillas de paja, mantos finos y cera —candelas también traídas de Montserrat—), de Barcelona muebles y algunas telas, sedas, terciopelos y sillas de Granada, sábanas y ruecas de Vizcaya, alfombras de Alcaraz o turcas, y los afamados paños de Segovia, Palencia —con sus cobertores y mantas frazadas de arraigada presencia— o Cuenca. Mobiliario que se aparejaba con los platos y jarros de Talavera o Zamora.

¹⁰ Máximo GARCÍA, «Familia y cultura material en Valladolid a mediados del siglo XVI. Entre el matrimonio y la muerte», J. L. CASTELLANO y F. SÁNCHEZ-MONTES (coords.), *Carlos V, Europeísmo y Universalidad. Población, Economía y Sociedad*, vol. IV, Madrid, 2001, págs. 275-296.

¹¹ A.H.P.V. (*Archivo Histórico Provincial de Valladolid*), Secc. Prot. (Sección de Protocolos Notariales), Legs. (Legajos) 102, 48 y 102 (1550-52). O los bienes del rico mercader local Cristóbal de Villalón; Leg. 102.

Un milanés, Evangelista Canovio, concertó ventas por valor de 357.682 maravedís en Valladolid; A.H.P.V., Secc. Prot., Leg. 102 (1550). El inventario de la tienda del mercader de Bohemia, Juan Montañés, ascendía en la misma fecha a 1.134.752 mrs.; A.H.P.V., Secc. Prot., Leg. 122 (1550).

«Lo mejor son las tiendas de guantes, brincos y aderezos de mujeres, que son muchas, y no hay cosa que allí no se halle... Con toda esta buhonería sale cada una el día de fiesta, que son para ellas trescientos sesenta y cinco, ni dejan cosa en el arca que no lleven sobre sí... Viva la industria de la persona»; Tomé PINHEIRO, *Fastiginia o Fastos geniales*, Valladolid, 1973; págs. 298-300 y 309-310.

La valoración de los ajuares presentes en las dotes muestra algunas de estas interesantes cuestiones. La polarización económica era patente y nítida cuando, entre los extremos de las tasaciones dotalas, la cantidad de piezas se multiplicaba por cuatro mientras su valor lo hacía por treinta; además de modificarse diametralmente la composición y la variedad de los objetos aportados por las mismas.

— Mediado el siglo XVI, aunque sólo una minoría eran mucho más cuantiosas y valiosas, dos terceras partes de la dote media vallisoletana estaba constituida por dinero en metálico y otros bienes «del capital» (básicamente, hacienda raíz y patrimonio urbano); lo restante (unos mil setecientos reales) formaba el «ajuar doméstico». Cantidades globales que ocultan diferencias abismales, puesto que en las más bajas los productos textiles y el mobiliario de casa alcanzaba un 69% (un 87% en las inferiores a mil reales), mientras que en las que superaban los cinco mil sólo representaba el 27%.

Así, entre los amplios sectores sociales menos pudientes, el stock del ajuar dotal, diez veces inferior, tenía muchas menos posibilidades de renovación a medio plazo, al contar con muy poco dinero en metálico, por lo que también tendían habitualmente a traspasar de forma hereditaria y generación tras generación sus paños y cacharrería. Así, los cambios en el mobiliario, en las modas, en la tipología de prendas y en los tejidos quedaron limitados casi en exclusiva a unos pocos hasta comienzos del siglo XIX.

Dentro del ajuar doméstico, los textiles (los principales) disminuyeron desde el 82% a un 69% desde las dotes menos importantes a las más ricas, aunque la valoración de dichos vestidos y ropa blanca se multiplicase por ocho entre ambos grupos extremos. Por su parte, mobiliario y menaje de cocina, imprescindibles siempre, formaban, sin embargo, los capítulos de menor importancia, y sin diferencias notables entre las distintas dotaciones femeninas. A su vez, el adorno de la casa crecía a medida que las posibilidades económicas familiares permitían esos dispendios; pero era en la joyería donde más se acentuaban los extremos sociales, contrastando mucho el lucimiento personal —o el contar con vajillas de oro o plata— entre unas viviendas y otras.

También se advierte un gran cambio en la composición de los productos textiles, al reducirse notablemente el porcentaje correspondiente a la presencia de la «ropa blanca de cama» a media que se ascendía en la posición social y económica castellana. La sabanería y la cama —colchón-frazada— almohada siempre constituyeron la partida principal de la «dote modelo popular». Su importancia simbólica es una de las claves que más ha pervivido hasta nuestros días. Lo mismo que resalta la escasa multiplicación de la tasación de las mantelerías, pañizuelos y toballetas: la cultura de la higiene y de la pre-

sentación de la mesa todavía no había adquirido el peso que, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, pero sobre todo a partir de 1830, empezaría a alcanzar.

A medida que aumentaba el valor de los ajuares se apreciaba también una multiplicación de las piezas por dote, debido al mayor ritmo de crecimiento de los útiles de casa y al experimentar un notable incremento las joyas y el menaje. Los adornos del hogar y los muebles también doblaban su número, y hasta se triplicaron los vestidos y sus accesorios, mientras las piezas de cama no lo hacían tanto e incluso se reducía la mantelería. El menaje de cocina contaba con muchas piezas pero casi siempre de poco valor, y lo mismo ocurría con la proliferación de mesas, sillas y arcas encoradas.

Y si este incremento numérico era importante, mayor relevancia adquiriría, desde el consumo y para la comprensión de la evolución de la cultura material y familiar, la variedad y calidad de los objetos de las dotes privilegiadas (por ejemplo, la tipología del vestuario y la diversidad de sus tejidos aumentaban de forma paralela). Aunque no aparecen descripciones del interior de las viviendas y la mayoría de los inventarios no se realizaban por salas (por lo que se desconoce la ordenación interior del mobiliario), la acumulación de piezas, su funcionalidad específica y precio diferían mucho. Satisfecha la necesidad básica de vestir la cama y el cuerpo (por lo que reunía la parte más importante, en porcentaje y número de piezas, de los ajuares domésticos), otras relacionadas con las comodidades, cualidades, el acondicionamiento y el valor simbólico de los hogares empezaban entonces a ser atendidas también en función de las posibilidades económicas.

Todavía en el Quinientos, el dormitorio, a veces único, era el centro receptor fundamental de enseres nada más constituirse una nueva familia. La proliferación de sábanas de lienzo o de Ruán (una media de seis por dote —cuatro portaban veinte y otros tantos llevaron más de la decena—), almohadas —con acericos, cabezales y traveseros—, de Holanda o grana (la pieza más numerosa —hubo quien tenía 35, y no eran infrecuentes las docenas— y en ocasiones cara, en función de sus guarniciones y encajes), cobertores, mantas (muchas «frazadas», blancas o coloradas —hasta seis, ocho o doce por vivienda—) y colchas, colocado todo sobre colchones (a veces, seis y ocho por cama —constituyendo la partida más importante—) o cecedrones y jergones, y éstos encima de las «camas encajadas», «de red» o «de cordeles» —a veces con «cielos, delanteras y cortinas»— con sus «paramentos rajados o pintados», convertía a este aposento en la estancia mejor acondicionada y más rica de la casa, hasta el desarrollo del salón burgués posterior.

Esa realidad contrasta con la escasez de «ropa blanca de mesa» y de «pañuelos» de aseo. Se concentraban en muy pocas manos, pues aunque la media de las «tablas de manteles» y «paños de manos» (la mitad labrados con

labores alemaniscas) ascendiese a tres y siete por hogar, es muy significativo que faltasen en más del 20% de los mismos.

La difusión, y calidad, de mesas (muchas de nogal, «de cadenas», «con pies y bancos»...), sillas («de costilla», «de espaldas» o «de caderas»), escaños, aparadores y escritorios tampoco era excesivamente amplia. Lo que nunca faltaba eran las arcas ¹².

Así, en los ámbitos rurales castellanos del XVIII, a la casa del rico del lugar «se accedía por un gran corralón, flanqueado de cobertizos o tenadas; y hacia la mano derecha del zaguán, como entramos por la puerta del corral, estaba la sala principal, que tendría sus buenas cuatro varas en cuadro, con su alcoba de dos y media». Los muebles de su sala: «seis cuadros de los más primorosos y finos de la famosa calle de Santiago de Valladolid [de los talleres de varios pintores discípulos de Diego Valentín], que representaban a San Jorge, Santa Bárbara, Santiago a caballo, San Roque, N.^a Señora del Carmen y un San Antonio Abad con su cochinillo. Había un bufete con su sobremesa de jerga listoneada a flecos, un banco de álamo, dos sillas de tijera a la usanza antigua; otra que al parecer había sido de vaqueta, como las que se usan ahora, pero sólo tenía el respaldar, y en el asiento no había más que la armazón; una arca grande, y junto a ella un cofre sin pelo y sin cerradura. A la entrada de la alcoba se dejaba ver una cortina de gasa con sus listas de encajes, cuya cenefa estaba toda cuajada de escapularios con cintas coloradas, y Santas Teresas de barro en sus urnicas de cartón cubiertas de seda floja» ¹³.

— Entre 1750 y 1860 las cosas no habían cambiado en exceso (tablas 1 y 2). Sin grandes oscilaciones temporales (sin una tendencia clara de cambio en los distintos grupos de bienes que constituían la valoración de las dotes durante esos cien años), patrimonialmente sí se advierte una transformación estructural sustancial en ambas zonas: pese al notabilísimo incremento de su tasación, los productos textiles iban perdiendo importancia al ascender en la escala económica (cayeron del 91,5% al 32,5% en Olmedo y Peñafiel), mientras que «dinero y patrimonio» se convertían en el núcleo de las dotaciones (hasta superar el 71% en Valladolid en las superiores a 50.000 reales).

¹² Un ejemplo sobresaliente: «veinte arcas encueradas y cofres de Flandes»; A.H.P.V., Secc. Prot., Leg. 102 (Valladolid, 1550).

¹³ Padre ISLA, *Historia del famoso predicador Fray Gerundio de Campazas*, Madrid, 1978; t. I, págs. 109-110. En casa de Antón Zotes «estaban prevenidas veinte camas para los huéspedes, cuatro para los de mayor autoridad en las cámaras altas de la casa; y las demás acomodadas en una panera, que se desocupó y barrió, colgando las paredes con mantas de mulas que se pidieron prestadas, quedando la pieza, a juicio de la mayor parte del lugar, tan ostentosa que se podía hospedar en ella un obispo», *Ibidem.*, t. II, pág. 531.

Tabla 1. Tasación de los bienes dotales, a precios constantes, 1750-1860
Evolución temporal. Valores medios

VALLADOLID CIUDAD		1750-1760		(50)		1790-1800		(50)		1830-1835		(50)		1850-1860		(50)	
200 Dotes		Media	Reales	dotes	%	Media	Reales	dotes	%	Media	Reales	dotes	%	Media	Reales	dotes	%
Adorno de casa		437		3,1		127		1,4		81		0,7		543		2,9	
Menaje de cocina		203		1,4		195		2,2		171		1,5		227		1,2	
Loza y cubtería		480		3,4		182		2,0		300		2,6		611		3,3	
Mobiliario doméstico		407		2,9		214		2,4		435		3,7		689		3,7	
AJUAR DE CASA		1.527		10,8		718		8,1		987		8,4		2.070		11,1	
PRODUCTOS TEXTILES		4.535		32,1		3.488		39,3		4.193		35,8		5.668		30,4	
PATRIMONIO Y DINERO		8.060		57,1		4.678		52,7		6.530		55,8		10.923		58,5	
NOTE TOTAL		14.122		100		8.884		100		11.710		100		18.661		100	

Tabla 1. Tasación de los bienes dotales, a precios constantes, 1750-1860
Evolución temporal. Valores medios (*Continuación*)

OLMEDO Y PEÑAFIEL

120 Dotes

	1750-1760	(30)	1790-1800	(30)	1830-1835	(30)	1850-1860	(30)
	Media	dotes	Media	dotes	Media	dotes	Media	dotes
	Reales	%	Reales	%	Reales	%	Reales	%
Adorno de casa	40	1,1	24	0,8	34	0,6	19	0,5
Menaje de cocina	112	3,2	110	3,5	145	2,6	49	1,4
Loza y cubtería	21	0,6	7	0,2	37	0,7	29	0,8
Mobiliario doméstico	61	1,7	79	2,5	203	3,6	143	4,0
AJUAR DE CASA	234	6,6	220	6,9	419	7,4	240	6,8
PRODUCTOS TEXTILES	1.797	50,6	1.885	59,3	2.280	40,5	1.883	53,0
PATRIMONIO Y DINERO	1.517	42,8	1.074	33,8	2.926	52,0	1.432	40,3
NOTE TOTAL	3.548	100	3.179	100	5.625	100	3.555	100

FUENTE: A.H.P.V., Secc. Prot., 320 Cartas de Pago de Dote, protocolizadas en Diferentes Legajos. 1750-1860.

Tabla 2. Tasación de los bienes dotales, a precios constantes, 1750-1860
Diferencias patrimoniale. Valores medios

VALLADOLID CIUDAD												
200 Dotes												
	0-5.000 reales	(78) dotes	5.000- 10.000 rls.	(54) dotes	10.000- 20.000 rls.	(39) dotes	20.000- 50.000 rls.	(20) dotes	Más 50.000 rls.	(9) dotes		
	Media Reales	%	Media Reales	%	Media Reales	%	Media Reales	%	Media Reales	%		
Adorno de casa	23	0,8	109	1,6	365	2,6	439	1,4	3.186	3,2		
Menaje de cocina	67	2,2	129	1,9	303	2,1	310	1,0	1.066	1,1		
Loza y cubtería	24	0,8	149	2,1	422	3,0	775	2,5	4.085	4,1		
Mobiliario doméstico	108	3,6	236	3,4	687	4,8	983	3,2	2.190	2,2		
AJUAR DE CASA	222	7,4	623	9,0	1.777	12,5	2.507	8,2	10.527	10,6		
PRODUCTOS TEXTILES	1.959	65,3	3.317	47,7	6.248	44,0	7.957	26,2	17.722	17,8		
PATRIMONIO Y DINERO	817	27,3	3.011	43,3	6.186	43,5	19.960	65,6	71.415	71,7		
NOTE TOTAL	2.998	100	6.951	100	14.211	100	30.424	100	99.664	100		

Tabla 2. Tasación de los bienes dotales, a precios constantes, 1750-1860
Diferencias patrimoniales. Valores medios (Continuación)

OLMEDO Y PEÑAFIEL
120 Dotes

	0-1.000 reales	(4) dotes	1.000- 2.000 rls.	(39) dotes	2.000- 5.000 rls.	(49) dotes	5.000- 10.000 rls.	(18) dotes	Más 10.000 rls.	(10) dotes
	Media	%	Media	%	Media	%	Media	%	Media	%
	Reales		Reales		Reales		Reales		Reales	
Adorno de casa	1	0,1	7	0,5	19	0,7	47	0,7	145	0,9
Menaje de cocina	31	4,0	53	3,5	98	3,5	132	1,9	315	2,0
Loza y cubtería	1	0,1	2	0,1	16	0,6	44	0,6	116	0,7
Mobiliario doméstico	24	3,1	45	3,0	100	3,6	199	2,9	426	2,7
AJUAR DE CASA	57	7,3	107	7,1	233	8,4	422	6,2	1.002	6,4
PRODUCTOS TEXTILES	714	91,5	1.108	73,1	1.867	67,0	2.620	38,5	5.065	32,5
PATRIMONIO Y DINERO	9	1,2	301	19,9	688	24,7	3.757	55,3	9.540	61,1
NOTE TOTAL	780	100	1.516	100	2.788	100	6.799	100	15.607	100

FUENTE: A.H.P.V., Secc. Prot., 320 Cartas de Pago de Dote, protocolizadas en Diferentes Legajos, 1750-1860.

Por el contrario, las dotes urbanas y rurales vallisoletanas reflejan que las variaciones en el «ajuar de casa», tanto las cronológicas como las patrimoniales, fueron muy poco relevantes. En conjunto, apenas ascendió el porcentaje de lo aportado al matrimonio bajo ese concepto: otra cosa es que en Valladolid la valoración subiese desde los 222 reales de las más pobres a los 10.527 entre los conjuntos dotales más cuantiosos. De hecho sólo fue en la ciudad donde el «adorno de casa» y la «loza y cubertería» comenzó a ser importante entre esas mismas dotaciones superiores, mientras que el «mobiliario doméstico» ya crecía desde las situadas entre diez y veinte mil reales (tramo en el que se alcanzó el máximo porcentual del ajuar, con un 12,5%, lo que, sin duda, determinó que el conjunto de los muebles rondase el cuatro por ciento hacia 1850, por lo que dichos ajuares lograron superar en esa fecha el 11% urbano, cuatro puntos más que en las áreas agrícolas cercanas).

En las urbes, la cantidad de piezas de mobiliario, aunque su precio aumentaba, creció hasta doblar en número al existente en la zona rural. No obstante, ese incremento del consumo de muebles únicamente se concretaba entre los grupos más acomodados ¹⁴, y eso que el 40% de dichos enseres eran de pino, y de nogal el 15% (de paja el 20% de los asientos de las sillas en 1830). Además, morfológicamente, seguía sobresaliendo la asidua presencia de los más tradicionales: arcas, bancos, camas, mesas y sillas ¹⁵.

Pese a ese moderado incremento, los cambios en la organización del espacio doméstico apenas se produjeron y las transformaciones en las formas de amueblar y decorar el interior de las viviendas evolucionaron sólo muy tími-

¹⁴ F. RAMOS, *op. cit.*; «Transformaciones del espacio interior (mobiliario) en las viviendas castellanas», págs. 242-253.

Muebles por Inventario	1752-65	1785-1800	1830-40
Ciudad	30,08%	40,52%	40,44%
Campo	14,59%	15,09%	17,81%
TOTAL	17,90%	20,76%	23,30%

¹⁵ *Ibidem*, pág. 244.

Patrimonios Palentinos	Mobiliario	1752-65	1785-1800	1830-40
Menos de 10.000 reales	Arcas	4	4	3
	Bancos	4	2	2
	Camas	1	1	1
	Mesas	2	2	2
	Sillas	1	1	3
	TOTAL	12	9	11
Más de 50.000 reales	Arcas	10	7	6
	Bancos	10	11	5
	Camas	4	4	4
	Mesas	5	4	5
	Sillas	3	12	22
	TOTAL	31	38	42

damente (muy pocos diferenciaban claramente todavía los usos de las distintas habitaciones de la casa). Lo más habitual eran las viviendas pequeñas con una o dos habitaciones, y sin una especificidad funcional del espacio, por tanto. No obstante, el inventario del rico hacendado de Villarramiel, Juan Bautista Alonso Herrero, en 1837, distinguía ya nítidamente su hogar. La profusión del mobiliario y de la decoración atestiguan que su antesala y la sala grande constituían ya el centro de la vida social de su familia. Así, entre ambas concentraban 14 sillas con respaldo y otras 17 finas, dos braseros, dos felpudos y seis felpos, una escribanía, un sofá con almohadones, dos sillones, dos mesas de nogal, cuatro pares de cortinas blancas, varios retratos y numerosos cuadros. Cercano a ellas estaba el gabinete (una habitación con cuatro sillas, dos camas, tres colchones, dos mantas, dos colchas, dos sábanas y un cobertor) y el dormitorio conyugal (con un sitio largo y su colchón, una mesa de pino, un baúl, una cama, ocho cuadros y una cortina), además de otras dos habitaciones (con cofres, baúles, arcas —además de un «armario ropero»—, cornucopias, mesas, jergones, colchones y cortinas), el portal, la cocina y su cuarto —donde había bancos, arcones, loceras y espeteras—, un almacén, la bodega —con sus carrales, sartenes y chocolateras—, el patio, una despensa, la cuadra, el corral, el gallinero y la panera ¹⁶.

Algunos otros vallisoletanos tenían ya su casa perfectamente distribuida en 1778, y los muebles de cada espacio con funciones específicas de dormitorio, sala de estar y de trabajo, y las diferentes camas, sillas y escritorios claramente separados ¹⁷. Y, en 1799, Juan Peyrén, comerciante de tejidos fran-

¹⁶ A.H.P.P. (*Archivo Histórico Provincial de Palencia*), Secc. Prot. (Sección de Protocolos Notariales), Leg. (Legajo) 3495. 1837. Villarramiel.

¹⁷ A.H.P.V., Secc. Prot., Leg. 3889. 1778. Don Miguel Ibáñez. Comerciante. Valladolid. «En el Cuarto dentro de la Sala» (359 reales): un arca de nogal con cerradura; dos baúles forrados en cuero; una mesa y un catre de nogal; una cama; un dosel de raso; seis silleas; dos taburetes; 22 cuadros; una vidriera; y una caja de servicio.

«En la Sala» (1.001 reales): seis taburetes de baqueta de moscovia (72 rls.); otros seis taburetes; seis sitaliaes forrados de badana; dos silleas pintadas de verde; un escritorio de nogal, con llave «hechura de Salamanca» (300 rls.); un bufete de nogal, sobre dicho escritorio (50 rls.); otro bufete de nogal (80 rls.); dos espejos franceses con su luna; seis cornucopias; doce cuadros; y un escaparate con vidrios de cristal.

«En la Solana» (69 reales): una cama de pino; cuatro silleas; tablas y anillas; armario; y vidrieras.

«En la Galería»: dos arcas de nogal (57 reales.); dos cofres (66 rls.); dos mesas de pino con cajones; dos cajas de brasero; una cama de tablas; una camilla de secar ropa; un rastrillo; y siete cuadros con marco.

«En el Cuarto del Medio» (196 reales): un armario de cocina de dos varas de alto con gavetas, puertas y celosías, una mesa de pino, dos baúles forrados de badana, un arca de nogal, un cofre forrado en cuero rojo con su llave, un escabel de nogal, dos banquillas, un taburete, un dosel pintado y un cuadro.

«En el Entresuelo» (106 reales): una cama de madera de cuatro tablas; un dosel; un baúl; un arca de pino; un bufete de nogal; seis cuadros; y una sillea.

cés afincado en Valladolid, también contaba con una distribución muy racional de los numerosos géneros comerciales de su trato, así como del escaso mobiliario doméstico repartido por toda su vivienda¹⁸.

Desde 1750 las casas iban reflejando mejor la distribución del espacio doméstico y una distinción más clara entre «lo público» y las «habitaciones privadas». Además, se fue generalizando el uso del gabinete, la «sala principal» y la «pieza de comer»; los bufetes cambiaban de nombre, los bargueños y escribanías pasaban a llamarse escritorios, los armarios sustituían a las arcas y los sofás a las sillas, y aunque por término medio el gasto en mobiliario no creciese de forma ostensible y siguiese primando la escasa variedad, sí aumentaba la diversidad de piezas y la cantidad de las mismas en cada

¹⁸ A.H.P.V., Secc. Prot., Leg. 14072. 1799. Conforme se entra desde el portal, un cuarto que nombran «el Cuarto del Estambre», que da con la ventana y su reja a la calle principal, guarda la lana blanca hilada (26 arrobas), y hay: un arcón de pino, un cajón de madera y una romanita con su pilón.

«En Otro Cuarto»: un telar de hierro y bronce para medias de seda, una mesa de pino larga y varios instrumentos de hierro (concernientes a dicho telar) en un cajón.

«En el Obrador»: cinco telares de madera con todos sus pertrechos y una tela de estambre blanco tejiéndose en ellos. Además, otros dos telares completos, sin tela, cinco tornos y cinco candiles de hierro.

«En el Despacho»: numerosas y variadas piezas de estameña, lana hilada enrollada en dos nasas de paja, estambre húmedo de colores, una mesa de pino con su cubierta verde y su cajón, cerradura y llave, un cabriolé de bayetón azul muy viejo, dos silletas de paja, tres cestillos de mimbreros y diez peines de madera.

«En Otro Cuarto más Adentro»: dos pedazos de manta, una escalera, un banquillo y una carral.

«Arriba, en la Sala»: una mesa de pino larga, cubierta de bayeta verde buena; seis silletas de paja, dadas de color encarnado; otras seis más pequeñas, azules; dos cortinas con sus varillas; y dos bastidores con sus vidrios puestos en la ventana del balcón.

«En la Alacena y en Otro Cuarto u Obrador»: un canastillo de paja; varios de guantes de lana; cuatro pares de medias de lana; una mesa de pino y un espejo mediano de los alemanes.

«En la Cocina»: armario de pino con cajones; botella de vidrio; dos vasos de cristal; salero; tres sartenes; chocolatera; dos candiles; dos coberteras; espumadera; dos tenedores; una bujía; aceitera; badil; molinillo; trébedes; fuelle; una mesa y banco con respaldo; tres cestas; artesón; cazuelas y pucheros.

«En Otra Sala que da a la Calle»: un armario grande para ropa, vacío; dos mesas de pino; una capa de paño azul; tres casacas; cinco chupas; cinco chalecos; unos calzones; tres camisas de lienzo; dos tablas de manteles; dos pares de medias de seda; un gorro de algodón; un par de guantes; dos sábanas; un almohadón de terliz; una manta; y un par de zapatos viejos de cordobán, con sus hebillas de plata. Y en un baúl pequeño con cerradura y llave: una chaqueta; dos chalecos; unos calzones; y un par de medias de lana.

«En una Alcoba»: una cama de madera con cordeles; un jergón; un azufrador; y una palanquilla.

«En Otra Alcoba más Adentro»: un catre de pino; una mesa; una silleta; y una tinaja de barro.

«En el Corral y la Solana»: una reja; una herrada de madera; cuatro colchones de lienzo con su lana; un jergón de terliz relleno de paja; dos sábanas; dos mantas; un colcha de lana; un catre de pino roto; catorce bastidores en siete ventanas con 28 vidrios; un torcedor; palos y piedras para estirar los estambres; cuatro tinajas grandes; un torno de torcer estameñas; dos cestos; y una pala de madera.

hogar, propiciando el desarrollo paulatino de las transformaciones e innovaciones. No obstante, el gusto por el confort y la decoración todavía era muy pobre, y sólo entre las familias más acomodadas el número de camas y el de individuos empezaba a coincidir ¹⁹.

Entrando en la cocina, la presencia de loza y cristal, incluso de cucharas de azófar y platos de peltre, era muy escasa. Junto a las escudillas de barro y cuatro jarros, tinajas y cántaros colgaban de las espeteras y vasares, o se repartían por la despensa cazos, pucheros, trébedes, sartenes y el resto del más o menos abundante menaje. En las casas populares: «en la pared del portal había un aparador o estante, vasar en el vocabulario del país, donde se presentaba luego a los que entraban toda la vajilla de la casa; doce platos, otras tantas escudillas, tres fuentes grandes, todas de Talavera de la Reina, y en medio dos jarras de vidrio con sus cenefas azules hacia el brocal, y sus asas a dentellones o a picos, como crestas de gallo. Y a los lados del vasar se levantaban dos poyos de tierra, caleados y almagreados, y sobre cada uno se habían abierto cuatro hornillos, para asentar otros tantos cántaros de barro, cuatro de agua para beber y los otros cuatro de agua del río para los demás menesteres de la casa» ²⁰.

Dicha evolución se desarrollaba en paralelo al incremento y variedad del surtido del menaje de mesa y cocina: cucharas, tenedores y cuchillos, junto a platos y vasos, y a tazas, copas y jícaras. Además del aumento de los objetos de cristal y vidrio, se produjo el inicio de la convergencia de la cubertería con el desarrollo de la mantelería (y la presencia de servilletas individuales), mientras se multiplicaban la loza fina y el peltre, hasta difundirse paulatinamente (mucho la de Talavera) entre las clases populares ²¹.

También, la tenencia o ausencia en las viviendas de calderas y almireces de cobre; o de calentadores / braseros, baces / bacinicas, artesas de lavar, perfumadores y velones / candeleros, tiene un profundo significado para la

¹⁹ N. POUNDS, *La vida cotidiana: Historia de la cultura material*, Barcelona, 1992.

²⁰ P. ISLA, *Fray Gerundio...*, op. cit.; t. I, pág. 388. «Eché mano a uno de los vasos de vidrio que estaban sobre la mesa en una salvilla [bandeja con encajaduras, donde se aseguraban tazas y jícaras]»; t. I, pág. 395.

²¹ F. RAMOS, op. cit., pág. 260.

Familias con artículos de menaje de cocina y de mesa. Provincia de Palencia

	1752-1765 (campo)	1785-1800 (campo)	1830-1840:	Campo	Ciudad	Total
Cubiertos	21,7%	35,6%		54,0%	81,3%	60,6%
Platos	15,2%	25,7%		53,0%	78,1%	59,1%
Vasos	6,5%	10,9%		35,0%	75,0%	44,7%
Cristal	15,2%	22,8%		50,0%	75,0%	56,1%
Chocolateras	13,0%	30,7%		52,0%	87,5%	60,6%
Manteles	58,7%	46,5%		66,0%	68,8%	66,7%
Servilletas	34,8%	53,5%		58,0%	71,9%	61,4%

comprensión de los sistemas de calefacción, higiene, alimentación e iluminación en el interior de las moradas.

Siendo siempre un fenómeno más acusado en la ciudad y entre los patrimonios más elevados, los mayores o menores excedentes familiares iban empleándose en la vestimenta y en la adquisición de productos de consumo semiperecedero de uso doméstico. Por eso, un aspecto sobresaliente de aquella cultura material fue la cada vez mayor presencia de objetos relacionados con el cuidado y la imagen de la casa, aumentando, así, la utilización de: calentadores y braseros (de azófar o hierro; a cuya utilidad calefactora se unían sus connotaciones de reunión social), candeleros (de «pies» o de «cañón»), velones y lámparas de iluminación, planchas y otros artículos de limpieza e higiene (banacas y pilas de lavar, al lado de cepillos, escobas y cogedoras), junto a espejos y relojes o cornucopias y pinturas decorativas. Y había más orinales, mientras todavía las «cajas de servicio» eran minoritarias aún hacia 1830; y las cortinas cada vez eran más habituales. En suma, más y nuevos objetos, acordes a la naciente vida acomodada y al confort burgués, aunque introducidos lentamente, empezaban a cobrar relieve en los espacios acomodados urbanos ²².

Así, la ostentación doméstica (en el interior del hogar) y la externa (a través del vestido y los complementos), en comparación con «sus iguales» y descollando más entre los privilegiados, empezó a definir públicamente la salida del Antiguo Régimen. No obstante, cuando el 90% de los inventarios más ricos invertía en la compra de objetos de plata y oro, la mitad de ellos no dedicaba partida económica alguna a la adquisición de libros. Aunque hacia 1830 se hubiese duplicado el porcentaje de poseedores de bibliotecas, a mediados del siglo XVIII, por ejemplo en Palencia, únicamente un 15% de las familias tenían algún libro; y todavía en esa fecha, el contenido de los mismos seguía siendo ampliamente de temática religiosa o moral. Todo lo cual significa que los cambios culturales —entre la elite y el pueblo— tardarían aún mucho más en producirse.

²² *Ibidem*, págs. 254-255.

Familias con artículos de equipamiento del hogar. Provincia de Palencia

	1752-1765	1785-1800	1830-1840
Braseros (media urbana-rural)	22,2%	27,7%	33,3%
Ciudad	64,0%	79,3%	87,5%
Candeleros (media urbana-rural)	73,5%	78,5%	92,4%
Campo	66,3%	77,2%	91,0%
Planchas (media urbana-rural)	2,6%	5,4%	25,8%
Ciudad	12,0%	17,2%	50,0%
Artículos para Lavar (media urbana-rural)	15,4%	18,5%	28,8%
Ciudad	28,0%	31,0%	50,0%
Relojes de Pared (media urbana-rural)	0,0%	6,9%	11,4%
Ciudad	0,0%	24,1%	28,1%

En definitiva, el confort dentro de las viviendas castellanas no puede ser destacado en la mayoría de los casos como característico. Reposteros, alfombras, tapices y paños de pared, antepuertas decoradas, paramentos, poyales, alcatifas, guadamecíes o carpetas y sobremesas, sin ser infrecuentes, sólo se concentraban en las casas cuyas haciendas se elevaban por encima de la media local. Lo mismo puede decirse del atesoramiento de joyas y de otras piezas de pedrería.

La decoración con pinturas y objetos religiosos, en cambio, si era ciertamente abundante, reflejando la mentalidad de aquella época, por lo que se individualiza un apartado específico para su análisis. Desde el reinado de Felipe II y tras el Concilio de Trento, los ambientes domésticos comenzaron a transformarse hacia una mayor presencia de los contenidos plásticos sacralizados.

En definitiva, en muchos casos, las viviendas no estaban bien acondicionadas para nuestra concepción actual de lo privado, lo higiénico o lo «visitable». Dentro de sus modelos de relaciones intrafamiliares, los útiles tendían a satisfacer necesidades básicas. Adornos, vajillas, mantelerías o un amplio mobiliario no siempre eran imprescindibles. «Y en el arca encorada se halló lo siguiente...» era frase asiduamente reiterada en la época, definiendo perfectamente hábitos muy cotidianos entonces. Por eso, aunque todas las artes menores florecieron —tapicería, cristalería, ebanistería, alfarería, platería— contribuyendo al embellecimiento de la casa, no se pensaba en la comodidad y la higiene: las estancias principales eran estrechas, mal iluminadas y ventiladas, sin estufas, ni cristales y escasamente amuebladas. Y en cuanto al mobiliario, éste se reducía a lo estrictamente preciso: los tapices podían decorar las estancias, pero había pocos espejos; los canapés, las cómodas, las mesas de escritorio y los aparadores apenas se conocían; los grandes armarios estaban poco generalizados, prefiriéndose las arcas y los cofres que facilitaban los traslados ²³.

PERCEPCIÓN SACRALIZADA DEL ESPACIO DOMÉSTICO

Adentrándonos en el interior de las moradas de los castellanos de Antiguo Régimen se comprueba como la calidad y fasto mobiliarios conferían prestigio social a las familias. Además, la vivienda solía convertirse en espacio

²³ Max von BOEHN, *La Moda. Historia del traje en Europa, desde los orígenes del cristianismo hasta nuestros días*, 5 tomos, Barcelona, 1928; (Introducciones del marqués de Lozoya); vid. t. 2, págs. 90-96.

sacralizado, puesto que el ámbito de lo íntimo contaba con referencias religiosas permanentes. Por ejemplo, durante el siglo XVIII, el 89% de los habitantes de Medina de Rioseco poseía alguna pintura, situándose la media por vecino en treinta y tres piezas: el 80% de las cuales eran de temática sacra²⁴.

Advocaciones marianas y todo un amplio catálogo del santoral recubría las paredes. Sus moradores se sentían así vigilados y protegidos por devociones privadas y abogados universales. Se trataba de una plasmación pictórica de la presencia continuada de lo sobrenatural en lo cotidiano, marcando la mentalidad colectiva. Cotidianidad de lo sacro entre los pucheros y ánimo de protección que, pese al inicio de la secularización, no se perdió durante el siglo ilustrado. Así, mientras la biblioteca, en caso de existir, y raramente en casa de familias humildes, se concentraba en la sala principal, por el contrario, muchas paredes de habitaciones, corredores, salones y cocinas solían estar recubiertas de estampas, cuadros y retratos. Pinturas, casi todas, alusivas a vidas de santos, referentes a Jesucristo o representando las distintas advocaciones marianas.

Simbólicamente, nada más traspasar el zaguán, junto a diverso mobiliario, el Ángel de la Guarda, N.^a S.^a la Virgen con el Niño, un Ecce Homo, el Santo Cristo, la Inmaculada Concepción o una Soledad rápidamente entraban por los ojos. Y al irse a acostar, rosarios y pilas de agua bendita, junto a nuevas pinturas, protegerían a los durmientes²⁵.

Era, por tanto, un mundo continuamente protegido por la atenta mirada de lo divino que deseaba tener cerca y propicios a los medianeros celestiales. Una población, más o menos creyente, pero muy devota de la imaginaria sagrada, al haber extendido la Iglesia el culto milagrero hacia el santoral, donde cada enfermedad, oficio o aspecto cotidiano contaba con su santo protector o la advocación mariana más apropiada. Lo cierto es que, a diferencia del desarrollo que adquirió dicha proliferación de estampas, láminas y cuadros con motivos religiosos (junto a pilas, medallas o escapularios) durante la época Barroca, en la mayoría de las casas de mediados del siglo XVI se encuentran menos expresiones de esta naturaleza en tapices y reposteros, e incluso eran más importantes los motivos paisajísticos, bucólicos, de la antigüedad clásica, «arboledas» y «fruteros».

²⁴ Se extraen todas las referencias artísticas aparecidas en cartas de dotes, testamentos e inventarios post mortem de la provincia de Valladolid desde 1700 hasta 1860; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., diferentes Legajos.

²⁵ Varios ejemplos de inventarios de Medina de Rioseco señalan la distribución de los objetos por «salas» (en la sala principal, en la cocina, en el cuarto bajo, en el cuarto junto a la sala, en el lecho, en el cuarto segundo, en la antesala, en el cuarto junto a la cocina, en la sala del estrado, en el aposento, en el dormitorio donde murió, en el oratorio,...); vid.: *A.H.P.V.* Secc. Prot., Leg. 9221; o Leg. 9445 (1704).

La traza y el artista no tenían importancia. Había muchos «fábrica de la calle Santiago de Valladolid», gran centro productor de estampas baratas y de rápida demanda, pero no de calidad. Casi nunca se reflejaba el tamaño y el término genérico «grande» o «pequeño» sólo se debía a criterios de tasación; lo mismo que la existencia de marcos, al constituir la parte principal del precio total de la obra artística. Del material sobre el que aparecía estampada la imagen (lo mismo que el enmarque) se desprendía el relieve y la notoriedad de la obra, sin olvidar la durabilidad de su factura.

La importancia cuantitativa es reseñable sólo a partir de un cierto nivel de rentas, pero, cualitativamente, se había asumido de forma colectiva el papel (decorativo) protector y de presencia física del santoral en cada habitación. Así, con escasas diferencias culturales e ideológicas entre la ciudad y el campo, la variación socioeconómica introducía una gradación clara en la valoración de estos objetos en el cómputo de los enseres mobiliarios. Aunque la media de obras de arte domésticas por vivienda inventariada se situaba en 33 piezas, las diferencias entre cada hogar eran abismales; también el valor monetario de su tasación. La gran mayoría de las obras aparecían en las pocas viviendas de quienes poseían más de cien (5% de los hogares); y sólo un 8,3% en el 32,5% de las moradas que colgaban y guardaban menos de quince: ocho pinturas era la norma en una tercera parte de las casas castellanas. En el mismo sentido, para un 60% de la población sus plasmaciones artísticas eran simples láminas, estampas, tarjetas y «pinturas ordinarias», asequibles, baratas y sin marco, aunque llegasen a constituir un capítulo no desdeñable del cuerpo global de sus bienes. En cambio, un diez por ciento atesoraba cuadros, tapices y objetos de clara simbología religiosa en oro y plata por valor superior a los dos mil reales, pero sólo en algunos casos su valor tasado alcanzaba el 5% de los capitales a repartir entre los herederos o cantidades superiores a los dos mil quinientos reales en una dote²⁶.

La transmisión por partición hereditaria primaba sobre la compra por gusto estético²⁷. Sin duda, se adquirieron nuevas obras pictóricas²⁸, pero los miem-

²⁶ La gran mayoría de los hogares contaban con muy pocas pinturas, mientras tapices, doseles, figuras de bulto e imágenes enmarcadas sólo llenaban las salas de los más pudientes. Simón de la Cuesta atesoraba 101 piezas al realizarse la tasación de sus bienes; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 9444; (Medina de Rioseco, 1700).

²⁷ Baste señalar que cuando cada cónyuge detallaba los enseres que aportaba al matrimonio, el capital de Diego Vázquez ascendía a 1.398 reales, detallando: «una pintura del Santo Cristo, seis cuadros diferentes y una hechura de un Santo Cristo en la cruz» (51 rls.); y dentro de la dote de su esposa, Elena de Ocasal: «una hechura de San José con marco, una de Nuestra Señora de la Concepción y otra de San Cayetano, más una pintura de Nuestra Señora de la Soledad, una de San Francisco y otra de un Ecce Homo» (76 rls. de los 2.033 a que ascendía completa); *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 9173 (Medina de Rioseco, 1704).

²⁸ Un vecino de Laguna de Duero, allá por 1700, debía a cierto pintor nada menos que 70 cuadros, a 22 cuartos la unidad, y 48 «tablillas», compradas a cuatro cuartos y medio cada una.

bros del clero secular, como poseedores más destacados de estos enseres, fueron quienes, en mayor cuantía, repartieron entre sus sobrinos y todo tipo de instituciones buena parte de dichas pertenencias artísticas; por supuesto, no eran, ni mucho menos, los únicos²⁹. De cualquier modo, por medio de las hijuelas, pasando de generación en generación —igual que muchos útiles—, se adornaban hasta las estancias más pobres al recibir aquellos trasпасos estéticos.

Incluso a finales del Antiguo Régimen predominaban las representaciones artísticas de contenido sacralizado (muchas advocaciones marianas reflejaban el poder de diferentes órdenes religiosas o la presencia de determinados santuarios en ciertas zonas). La mayoría tenían una temática religiosa y sólo un 5% correspondía a retratos de antepasados o de la familia real y varias escenas campestres o paisajísticas, mientras que no se puede asegurar el contenido del 38%, al ser estampas, láminas, tarjetas o vitelas en número abundante, de escaso valor y cuya factura se desconoce (muy posiblemente muchos también representando visiones sacras). Junto a ellas, tapices y doseles de temática floral, bucólica, mitológica o clásica remarcaban las diferencias entre las residencias.

La Virgen María, bajo sus distintas advocaciones, colgaba de muros y pechos con mayor reiteración. Pintada en lienzos, esculpida en bulto redondo o representada en medallas, escapularios y rosarios su imagen quedaba siempre patente. Después de Trento, y dada su capacidad de intercesión y mediación con la Divinidad, su presencia no podía faltar en cualquier estancia. Doliente o gloriosa, consoladora o inmaculada, en soledad o triunfante, maternal o angustiada, con el Niño o el Cristo muerto en brazos, siempre vigilante, expectante y atenta a sus devotos, recibía miradas y oraciones en calles, ermitas, esquinas, cocinas y aposentos. Como Nuestra Señora, Virgen María, invocada en sus múltiples misterios o imaginada en compañía de Jesús, constituyó el tema más frecuente para artistas, tallistas y orfebres. Bajo titulaciones locales y regionales o universalmente reconocida en su Asunción y «de la Piedad», «del Rosario», «Inmaculada», «de la Soledad», «del Carmen», «de la Asunción», «de Belén», «de la Leche» o «del Pópulo», no faltaba en ningún hogar, hasta repetirse varias veces. Cabe deducir de todo ello la fortísima impronta mariana existente en la mentalidad colectiva popular castellana de aquellos tiempos.

²⁹ En Valladolid las cosas no eran diferentes a la zona rural circundante, todavía a finales del siglo XVIII. Así, varios matrimonios premiaban de esta forma a deudos (mujeres en su mayoría) y «cargos de conciencia». Resaltamos el legado que un padre hizo a su hija en 1703: además de diversas joyitas de Santa Teresa «un cuadro de Carlos II; una pintura de Mariana Nabur y una imagen en plata de María de Agreda».

342 castellanos a lo largo del periodo analizado realizaron alguna manda testamentaria de este tipo.

La protección, vigilancia y auxilio del santoral también era admitida colectiva y popularmente. Eso sí, los santos varones superaban en escenificación a las mujeres: San Francisco, San Antonio, San José, San Juan, San Pedro o San Jerónimo prevalecían sobre la Verónica, María Magdalena y la santa castellana por excelencia, Teresa de Ávila.

A su lado, Jesucristo, pintado o en efigie, aparecía como el Cristo redentor y salvador del mundo, compitiendo con el Jesús recién nacido. Además, los principales momentos de su vida, junto a otros evangélicos, bíblicos y del cristianismo también alcanzaron cierto interés decorativo. Por eso, su desnudez en la cuna y sufriente en la cruz fueron las fórmulas pictóricas más habituales: niño y crucificado era representado lo más castellanizado posible. Pero su imagen sola no era suficiente para aquellas mentalidades. La cultura colectiva popular necesitaba de su madre, ángeles guardianes y miembros de su corte celestial, para que se encargasen de vigilar y proteger a los pobres mortales que imploraban su auxilio. Así, el santoral, con María a la cabeza, alrededor de Cristo, debían estar siempre presentes, componiendo los frecuentes conjuntos redentores decorativos y de referencia sacralizada que diariamente eran vistos nada más levantarse ³⁰.

Los retratos y otras pinturas «no religiosas» representaban a miembros de la casa real española, emperadores antiguos o antepasados, reduciéndose su presencia en familias de abolengo o vinculadas a los altos puestos burocráticos. A su lado también aparecían escenas bucólicas, campestres, reposteros, «fruteros», «valencianas», países, cacerías, de la antigüedad clásica, flores, «de los Bobos», etc., cuyo soporte era el lienzo o el tapiz ³¹.

³⁰ Con el Padre y el Espíritu Santo, como Nazareno, Ecce Homo o popularmente conocido por «el Cristo de Burgos», también Niño o «napolitano». Adorado, huido, orante, cenando al final de sus días, atado a la columna, flagelado, en la cruz (crucificado, rodeado de madre y apóstoles, hablando con los ladrones, abrazado a San Francisco...), descendido, sepultado... era contemplado (casi un 15% de las obras poseían esta temática) como el Salvador, aunque en pocas ocasiones se le representase como resucitado.

La importancia simbólica de la cruz también se manifestaba a través de una amplia variedad de crucifijos: simples cruces de madera o cartón (colgadas en la pared o al pecho), rodeados de reliquias, «cruces de Caravaca» y ya crucifijos «con el Cristo de bulto» conforman esta colección devocional; véase: L. C. ÁLVAREZ SANTALÓ y Otros (coords.), *Vida y muerte: la imaginación religiosa*, y *Hermandades, Romerías y Santuarios*, vols. II y III de *La Religiosidad Popular*, Barcelona, 1989.

³¹ El «Esposo y la Esposa», el escudo de Armas de la casa o el «árbol de la descendencia». También aparecían, Mariana Nabur, o un tapiz sobre la Victoria de Julio César y un cuadro de las Nueve Sibilas...

El marqués D. Manuel de Zúñiga Enríquez contaba con piezas muy interesantes: «ocho láminas de París con sus marcos, 700 reales/una; seis láminas de Historia, 500 rls./una; dos láminas del Santo Cristo de Burgos con marcos de concha y ébano, 300 rls./una; una imagen de N.^a S.^a de Atocha con marco dorado, 500; una pintura grande de Roma de los Cuatro Doctores, 400; otra de Roma de un Ecce Homo con marco, 400; una pintura de San Jorge; otra del Padre Rojas; otra de

Los contrastes entre la ciudad y las zonas rurales eran poco acusados: apenas una mayor presencia de escenas «no religiosas» en Valladolid³², frente a más rosarios, relicarios, medallas y abundantísimas láminas y pinturas ordinarias de peor calidad en las preferencias locales. A lo largo del siglo XVIII los cambios tampoco fueron sustanciales. Las obras más reiteradas eran todas de factura religiosa, aunque perdiendo relevancia sólo muy lentamente (las imágenes de la Soledad y la Inmaculada Concepción seguían en todas las casas a comienzos del siglo XIX), aunque aún no fuese el tiempo del apogeo de la Última Cena, la Sagrada Familia o los Sagrados Corazones. Durante décadas, los temas heredados seguirían reiterándose sistemáticamente.

Por su parte, los «objetos milagrosos» no eran, ni mucho menos, exclusivos del mundo rural. Muchos vallisoletanos contaban con múltiples relicarios, estampillas, escapularios y demás joyas sacralizadas. Por eso «una uña de la gran bestia engarzada, una cadena de alquimia o siete cuentas para el dolor de muelas» eran piezas muy apreciadas, puesto que la reliquia se entendía como un continuo medio de contacto físico con lo sobrenatural³³, y el recurso a cruces, medallas, cuentas y retratos de santos, talismanes milagrosos e instrumentos maravillosos y mágicos, también³⁴.

El soporte más empleado para dichas representaciones religiosas, numérica y cualitativamente, era la pintura, introduciendo las mayores variantes y posibilidades iconográficas. En cuadros enmarcados o como simples estampas, láminas, tarjetas y vitelas de reducido tamaño y baratas, las casas reunían imágenes pintadas por doquier (muchas religiosas y otras pocas vistas romanas, napolitanas, florentinas, de Flandes, «valencianas», primando las «escenas ordinarias de la calle de Santiago» vallisoletana³⁵).

Caín y Abel; una tapicería buena con la historia de la Caida de San Pablo, 5.000; otra con la historia del Avaro de Moyses, 3.000; otra con la historia del Robo de las Sabinas, 700; y otra de las cuatro Estaciones», 720. *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 2937 (Valladolid, 1702).

³² En el patrimonio artístico del escribano del número Don José Martín de Villa, destacaban: «cuatro fruteros; una pintura de un Bobo con un lebre; un cuadro de Santa Rosa de Lima; una lámina de cobre con Nuestra Señora, San José y el Niño; un país de montería apaisado; ocho paisillos de los tiempos; y doce cuadros pequeños de Sibilas»; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 2937 (Valladolid, 1702).

³³ Un ejemplo, en: *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 3016 (Valladolid, 1701).

³⁴ Véase: Teófanos EGIDO, «Religiosidad popular y taumaturgia del barroco (los milagros de la monja de Carrión)», *Actas del II Congreso de Historia de Palencia*, Palencia, 1990; tomo III, vol. I, págs. 11-39.

³⁵ La imagen fue siempre el mejor vehículo de adoctrinamiento popular. Vid.: A. MORGADO, «El consumo artístico en el Cádiz de los siglos XVII y XVIII», en L. C. ÁLVAREZ SANTALÓ y Otros (eds.), *Mentalidad e Ideología en el Antiguo Régimen*, Murcia, 1993, págs. 339-349.

D.^a Isabel de Valcárcel Santín, viuda del entallador Antonio López, reunía objetos (propios y cara a la venta pública) cuya temática pudo ser la más extendida entre todos los vallisoletanos al contar con una mayor demanda. Por eso, sus 89 piezas (tasados en 1.507 rls. por un pintor) llegaban a constituir el 7% de su capital; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 2644 (Valladolid, 1700).

Esculturas («tallas de bulto»), tapices y doseles también informan sobre la riqueza mobiliaria de ciertas estancias acomodadas. A su lado, aparecían varios dípticos, doseles (algunos decorados con el Santo Cristo, cruces, reliquias, pilas y medallas), corazones, piernas de cera, urnas, joyas gravadas con la Virgen y Santos, retablos, escaparates, gradas de altar, tabernáculos, frisos... Todo el conjunto de pequeñas piezas sacras (de orfebrería, latón, madera o papel) que conformaban cruces, pilas de agua bendita, relicarios, escapularios, medallas y rosarios, tenían amplia cabida entre aquellos escasos ajuares. Como en el resto de los conjuntos artísticos reseñados, el componente devocional, mágico, simbólico y de culto se exteriorizaba de forma tangible a través de esas plasmaciones culturales de asentimiento popular. La oferta era cuantiosa y su moderado coste satisfacía ampliamente la fuerte y constante demanda³⁶. Por eso, casi todo el mundo los poseía, hasta atesorar una verdadera fortuna en estos objetos³⁷. Así, se recuentan: 79 crucifijos, 39 pilas de agua bendita, 35 escapularios, 78 medallas, 115 rosarios («de Jerusalén», con medallas, cruces y láminas) y 425 relicarios.

CONCLUSIONES

La ausencia o presencia de determinados bienes en una casa, así como la cantidad y calidad de los mismos, son elementos que definían las formas de vida familiares. No obstante, la magnitud económica y la gradación social, cronológica y espacial (regional y en cuanto al fuerte contraste urbano-rural)

El inventario de D.^a Isabel Rueda, viuda de un oidor de Chancillería, ejemplifica los bienes pictórico-religiosos de la familia acomodada del Setecientos; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 2391 (Valladolid, 1704).

Se contabilizan a lo largo de todo el periodo analizado: 662 «escenas ordinarias», 177 obras de la calle Santiago, 165 láminas, 73 estampas, 179 países,... y hasta 465 vitelas estampadas en piel.

³⁶ Andrés Morillo, en el Rioseco de 1702, y no era el único vendedor, contaba con, además de muchos objetos sacros en su salón principal y doce catecismos (tres reales) y seis «libros de Doctrina» (seis rls.): «doce Rosarios de cachumbo, otras tres docenas de rosarios, dos celemines de lágrimas de rosarios (12 rls.), cuatro cuadros pequeños y uno grande, cinco relicarios pequeños (30 rls.), diez tablas de pinturas, cuatro rosarios y dos docenas de cruces de Santo Toribio (8 rls.)»; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 9446.

³⁷ D. Antonio de la Cuesta, riosecano fallecido en 1704, contaba con varios enseres singulares: una pintura de Roma grande con N.^a S.^a, S. José y el Niño, una talla de N.^a S.^a de la Cerca con corona, manto, peana y seis ángeles con sus rayos, un cofrecito de plata con S. Juan y S. Pedro tallados en la parte de arriba, un relicario de cristal con pintura de Santa Rosa, una hechura de plata de N.^a S.^a del Pilar de Zaragoza, un Nombre de María de cachumbo, un rosario de coral, un rosario de coco con una medalla de plata del Salvador y María, una joya con un Santiago, una cruz de cristal con la hechura de un Santo Cristo, un relicario de oro con vidrieras y vitelas, una venera de oro esmaltado del Santo Oficio, un relicario de cristal con una cruz, un pomo de oro o una hechura de San Juan de oro esmaltado con su corderito al pie; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 9222. También: colección de la tendera de cerería D.^a Ana M.^a de la Paz; Leg. 2936 (Valladolid, 1700).

de la dimensión de tal proceso de estimulación de la demanda modernizadora, vinculada tanto a la riqueza como a los cambios de mentalidad y en la cultura material, todavía son desconocidos en gran medida.

La propiedad de las viviendas, el disponer de objetos de plata (oro y piedras preciosas, en mayor medida), de libros, pinturas, armas, pelucas, de dinero en efectivo o de una serie de muebles y menaje en una cierta cantidad son, en este sentido, datos muy significativos para comprender las diferencias sociales y patrimoniales, al constituirse en claros símbolos externos de poder y distinción. Así, aunque las haciendas fuesen contrastadas, distintos colectivos podían empezar a querer disfrutar de una consideración social similar al compartir el gusto por los mismos objetos y demostrar públicamente el consumo de ropajes de calidad y cierto mobiliario de lujo.

Únicamente en la segunda mitad del XVIII la concepción del ámbito doméstico comenzó a reflejarse en el grado de diversificación funcional de las salas, de su adorno y comodidad y del uso específico de los muebles y enseres. ¿Cuándo empezó a difundirse la idea de privacidad y diferenciación de los espacios? Los avances y variaciones externas fueron importantes desde entonces, pero también el inmovilismo y las permanencias. Las transformaciones en la decoración y la tendencia hacia el confort (alteraciones nominales y estructurales, aumentando la decoración interior y el número y tipología del mobiliario por familia) se conjugaban con una escasa variedad de piezas y la ausencia de funcionalismo y especialización plena. Todo ello se relacionaba con las escalas de riqueza y el grado de urbanización, pero también con los cambios en las modas, la importancia de la apariencia, el nivel cultural y la «amplitud de horizontes simbólica» de los distintos grupos sociales³⁸.

Aún así, «muebles de moda», «colgaderos de capas», espejos con guarnición dorada, relojes y la multiplicación de la «ropa blanca nueva y sin usar» y de las sillas, camas, cunas (y su renovado concepto de niñez), armarios roperos, sillones, cómodas, rinconeras, sofás, tocadores, guardarropas, canapés, escritorios de cedro, escaparates, cortinas de indiana o juegos de mesa³⁹ denotaban una evolución consumista (y corbatas, sombreros, pelucas, bastones, paraguas y camisas de lino con puntillas), lo mismo que el incremento del surtido de platos, loza fina, vasos de vidrio, tenedores, cafeteras, «platillos y tazas para dulce», «cuberterías hechura de moda», «de diario» o «vajillas sin estrenar y de uso ordinario» (junto con braseros,

³⁸ Inventario de Don José Renón. *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 3889. 1766. Valladolid.

³⁹ El inventario de Don Cristóbal Gutiérrez Matallana, procurador de la Real Chancillería de Valladolid, contaba con bufetes, escritorios, sitiales, papeleras, escaparates, armarios, biombos, cajas de braseros, catres y cunas, doseles, espejos, arañas y una prensa de apretar cartas. *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 14072. 1778.

calentadores, candeleros, lámparas, velones, candiles, cornucopias, planchas, artesas de lavar, etc.)⁴⁰ también anunciaban transformaciones de numerosas pautas, de acuerdo con el consumo más ostentoso de quienes querían participar de un prestigio social superior, debido a la notable fuerza de la emulación y dada la mayor movilidad de la riqueza y aunque sus patrimonios no fuesen todavía excesivamente elevados.

Hacia 1830-40 se aprecia una creciente importancia y un mayor dinamismo de los artículos del menaje de la casa, de la ropa blanca de cama y de mesa (uso de gran cantidad de sábanas de calidad, de toallas o lencería íntima y de mantelerías, servilletas o sobremesas) y del equipamiento y decoración del hogar, ante una acentuación del sentido de lo doméstico (junto con preocupaciones higiénicas y por el gusto estético, la comodidad, la profusión ornamental o los «lujos» de la iluminación y la calefacción en el interior de las viviendas) que provocaba el aumento de piezas, de nuevos objetos y más variados y especializados, al menos entre las familias urbanas más acomodadas⁴¹.

Esa cantidad y calidad de prendas y enseres domésticos y pictóricos difundidos paulatinamente desde las ciudades, presentaba el doble significado de plasmación de riqueza y de acentuación del simbolismo aparejado a su consumo: aseo personal, higiene corporal, apariencia externa, gusto y esmero en el vestir, transmisión de nuevas modas, comodidad en el interior del hogar, refinamiento y buenos modales en la mesa.

Dicha ampliación y especialización de la oferta y la expansión y diversificación de los géneros indican un crecimiento cuantitativo y cualitativo de la demanda entre los sectores socio profesionales más acomodados, o que tendían a imitarles mediante estilos de vida próximos, contribuyendo a crear la idea de pertenencia a un mismo grupo de intereses diferenciado de la gran mayoría de la población y liberalizando la «confusión de estados» y las «leyes suntuarias» generadas por el afán de emular los patrones exclusivamente nobiliarios. Todo ello promovía y transmitía cambios en las pautas de consumo que fomentaban e impulsaban nuevos hábitos de refinamiento en el interior de los hogares.

Así, crecería el consumo de «bienes culturales» y la elevación de la producción empezaría a apartarse a la multiplicación de las necesidades y los

⁴⁰ Un ejemplo en el inventario de D.^a Clotilde Álvarez; *A.H.P.V.*, Secc. Prot., Leg. 12029. 1825. Valladolid.

⁴¹ Máximo GARCÍA y B. YUN, «Pautas de consumo, estilos de vida y cambio político en las ciudades castellanas a fines del Antiguo Régimen», J. I. FORTEA (ed.), *Imágenes de la diversidad...*, Santander, 1997, págs. 245-282; y M. GARCÍA, «Los bienes dotales en la ciudad de Valladolid, 1700-1850. El ajuar doméstico y la evolución del consumo y la demanda», J. TORRAS y B. YUN (dirs.), *op. cit.*, págs. 133-158.

cambios en las modas. El proceso de urbanización, el paulatino cambio social y la progresiva diversificación de la estructura ocupacional se traduciría en movilidad y ascenso económico y, vicariamente y por emulación de los gustos de las elites, en el incremento de la demanda de una amplia gama de productos de diversa índole. El aumento de las exigencias se relacionaría con la implantación y el avance de nuevos valores privados y públicos, con una mayor capacidad adquisitiva y con la tendencia hacia la democratización de la intimidad, la urbanidad o del aseo. El cuidado e imagen de la casa, la búsqueda del confort y el refinamiento interiores se empezaba a percibir a través de la mejora de los componentes de los espacios privados⁴².

Por eso, en el siglo XVIII podía leerse ya en un periódico de Valladolid: «Quien quisiere comprar dos papeleras de nogal de tres cuerpos y herraje dorado, y una arca grande de nogal de dos varas de largo y tres cuartas de fondo, acuda a...»; mientras que la Real Sociedad Económica de Amigos del País de la ciudad dio un premio al ciudadano que construyó «un paraguas de tafe-tán con varillaje de ballena y guarniciones de latón, que en hermosura y comodidad no cede a los extranjeros»⁴³. Incluso las fábricas de loza y alfarería locales, todavía muy groseras y bastas, proporcionando utensilios de barro pardo nada buenos, estaban mejorando⁴⁴. También otras piezas como los calentadores de cama, relojes de pie, floreros, estufas francesas, instrumentos musicales o los «papeles pintados» cada vez estaban más presentes en un número cada vez mayor de hogares castellanos desde los años treinta del XIX.

Con toda la novedad, y carencias por tanto, que supone este enfoque, se pretende empezar a comprender y valorar un poco mejor el significado patrimonial y simbólico que estas propiedades domésticas, tan poco estudiadas hasta ahora, representaban para los distintos colectivos sociales castellanos durante el Antiguo Régimen. Para ahondar aún más en esta línea de investigación se requieren otros estudios locales y regionales que contribuyan a conocer en profundidad los cambios producidos en el mobiliario interior y en el ajuar de casa, y en la mentalidad colectiva rectora de tales principios vitales y de convivencia familiar y popular.

⁴² Ramón MARURI, «Vestir el cuerpo, vestir la casa. El consumo de textiles en la burguesía mercantil de Santander, 1750-1850», J. TORRAS y B. YUN (dirs.), *op. cit.*, págs. 159-180. El «nuevo traje burgués» monocromo significaba: «constancia, cumplimiento de los compromisos... garantía de crédito», pág. 164.

⁴³ José M. BERISTAIN, *Diario Pinciano. Primer periódico de Valladolid (1787-1788)*, Valladolid, 1978, núm. 13, «Noticias Particulares», pág. 160; y núm. 14, «Parte Económica», pág. 171.

⁴⁴ Eugenio LARRUGA Y BONETA, *Memorias Política y Económicas sobre frutos, comercio, fábricas y minas de España*, Madrid, 1778-1800, 45 v. «En Valladolid sólo había una fábrica de loza entrefina, establecida modernamente en 1791»; t. XXVI, pág. 172. Mientras, en Palencia «se aplican a proporcionar con más aseo las vajillas, dándoles ya un baño verde, morado o pajizo, y de tierra fina para aumentar su estimación».

LA HERENCIA ECOLÓGICA Y CULTURAL DE LA GANADERÍA TRASHUMANTE Y SU SITUACIÓN ACTUAL EN CASTILLA Y LEÓN*

Jesús Sanz Fernández

* Estos párrafos son el texto, parcialmente aderezado, de mi intervención en el Coloquio y están dedicados a Angel García Sanz, paisano de la ribera del Duero, colega durante muchos años, amigo entrañable y, sobre todo, maestro de la historia de la trashumancia castellana del que, en estos asuntos, me confieso asiduo lector y pésimo discípulo.

1. INTRODUCCIÓN

Durante muchos siglos, la trashumancia de los ganados fue un pilar básico de la economía castellana. Condicionada fundamentalmente por los fuertes contrastes climáticos peninsulares y sus repercusiones en el crecimiento de las hierbas y, por ende, en la alimentación de los animales, esta práctica ponía en movimiento dos veces al año a millones de ovejas y a miles de pastores desde los agostaderos a los extremos y desde las dehesas a los puertos.

Precisaba, para ello, de una tupida red de cañadas, cordeles y veredas; de descansaderos, puentes, instalaciones y edificios. Y contribuyó, además, a modelar unos paisajes vegetales adaptados a sus necesidades, dando origen, también, a una auténtica cultura popular.

Los preciados vellones, es decir, la fina lana de las ovejas merinas, que se vendían habitualmente en el mercado exterior, se convirtieron en una importante fuente de recursos para la real hacienda y para los ganaderos, razón por la que la trashumancia y el Honrado Concejo que la gobernaba gozaron, desde muy pronto, de numerosos privilegios y de la protección de la Corona.

En resumen, constituyó un patrimonio de incalculable valor, que el implacable paso del tiempo y la crisis secular a que se ha visto sometida esta actividad han ido devaluando hasta reducirlo a un vago recuerdo y a unas ruinas solo interesantes para historiadores y eruditos.

Pero la trashumancia, aunque herida de muerte, sigue viva. Y sólo una estrecha y limitada concepción de lo que debemos entender por «patrimonio cultural» es lo que ha conducido, durante demasiados años, al desentendimiento y al olvido de esta pieza fundamental de nuestra cultura material. Porque como han subrayado muchos otros antes que yo, también son «patrimonio» la genética —la flora y la fauna autóctonas—, nuestros paisajes agra-

rios, nuestras cañadas y esquileos e, incluso, algunos intangibles como el «saber hacer» de nuestros pastores.

Pues bien, en este escrito me voy a referir, muy brevemente, a la herencia de la trashumancia circunscribiéndome exclusivamente a nuestra región. Pero no solo como fenómeno histórico perteneciente a un pasado ya desaparecido, sino como una realidad todavía viva y dinámica, que lucha por su supervivencia y adaptación a las actuales circunstancias de nuestra sociedad. E, incluso, como fuente de experiencia y de posibilidades para contribuir a un desarrollo sostenible que salga al paso del «hiperproductivismo» ganadero que tantos disgustos nos está dando últimamente a los consumidores y que arroje un poco de luz en el panorama de fuerte declive y abandono por el que atraviesan las zonas y comarcas de montaña en las que aún se sigue practicando.

Naturalmente no me estoy refiriendo aquí y ahora a ninguna receta milagrosa ni a ninguna panacea para el sector ganadero regional. Solamente pretendo hacer una llamada al sentido común y a la indeclinable necesidad —y obligación— de técnicos y expertos de reflexionar y reencontrarnos con el «patrimonio» que hemos heredado. Y ello, con una doble finalidad: con el ánimo de conservar aquello que convenga rescatar de la incuria y la ruina a la que lo han condenado el paso de los tiempos; y, en segundo lugar, como fuente de inspiración de nuevos usos y nuevas respuestas que nos ayuden a hacer frente a los problemas que cotidianamente nos afectan.

Para ello he organizado el texto en dos bloques bien diferenciados. Primero, repasaré muy brevemente los elementos básicos y bien conocidos del sistema trashumante tradicional o, si se prefiere, «mesteño», haciendo alusión a su dimensión patrimonial así como a las principales transformaciones sufridas con el paso del tiempo. Y después, llevaré a cabo una descripción no menos impresionista de la situación actual de esta actividad en nuestra región (en torno a 1990 y de la mano de los *Cuadernos de la trashumancia*) con el propósito de extraer unas breves conclusiones que nos inviten a seguir reflexionando sobre el tema.

Afortunadamente el estudio de la trashumancia —y, en especial, de su práctica bajo la tutela de la Mesta—, está sufriendo una profunda revisión durante los últimos años; de manera que el clásico libro de KLEIN —por otra parte referencia imprescindible sobre el tema— puede decirse que ha quedado anticuado, sobre todo, en algunas de sus más conocidas proposiciones que a estas alturas han quedado relegadas, casi, a la categoría de tópicos. La bibliografía hoy por hoy disponible es ya muy abundante y de calidad, y su mera glosa bastaría para consumir mucho más espacio del que ahora dispongo. No obstante, para hacerse una idea del «estado de la cuestión» remito a los útiles trabajos recientes de Charles BISHKO y A. GARCÍA SANZ a propósi-

to de la obra de KLEIN y a las obras colectivas editadas por Gonzalo ANES, Felipe RUIZ MARTÍN, Angel GARCÍA SANZ y Pedro GARCÍA MARTÍN¹.

Y para el propósito que ahora me interesa, me valdré, además, de algunos trabajos clásicos de Martín GALINDO o CABO ALONSO, por ejemplo, de los más recientes de GÓMEZ SAL o RODRÍGUEZ PASCUAL y, sobre todo, de la oportunísima y ya insustituible Serie «Cuadernos de la Trashumancia», feliz iniciativa de J. M. MANGAS NAVAS en la que han participado muchos de los mejores conocedores del problema, y de la que he utilizado los seis volúmenes dedicados a nuestra región².

¹ Véase:

KLEIN, Julius (1981). *La Mesta. Estudio de la historia económica española, 1273-1936*. Alianza, Madrid.

BISHKOF, C. J. (1982). Sesenta años después: «La Mesta» de Julius Klein a la luz de la investigación subsiguiente.

H.^a, Inst., Docs., n.º 8. (En Contr. a la H.^a de la trashumancia, págs. 19-80).

GARCÍA SANZ, A. (1998). Los privilegios mesteños en el tiempo, 1273-1836: una revisión de la obra de Julius Klein. (En: *Mesta, trashumancia y lana...* págs. 65-89). Crítica, Barcelona.

ANES, G. & GARCÍA SANZ, A. (Coords.) (1994). *Mesta, trashumancia y vida pastoril*. Junta de Cast. y León. Valladolid.

RUIZ MARTÍN, F. & GARCÍA SANZ, A. (1998). *Mesta, trashumancia y lana en la España Moderna*. Crítica, Barcelona.

GARCÍA MARTÍN, P. (1996). *Contribución a la historia de la trashumancia en España*. 2.^a ed. MAPA. Serie Estudios. Madrid.

² Véase:

MARTÍN GALINDO, J. L. (1961). Arcaísmo y modernidad en la explotación agraria de Valdeburón. *Est. Geo.*, XXII, 83; págs. 167-202. Madrid.

CABO ALONSO, A. (1994). Medio natural y trashumancia en la España peninsular. (En: *Mesta, trashumancia y vida pastoril*. págs. 23-45). Valladolid.

Los Cuadernos correspondientes a la región de Castilla y León son los siguientes:

PÉREZ FIGUERAS, C. et al. (1992). *Cuadernos de la trashumancia*, n.º 1. Sierra de Gredos. ICONA. Madrid.

GÓMEZ SAL, A. & RODRÍGUEZ PASCUAL, M. (1992). *Cuadernos de la trashumancia*, n.º 3. Montaña de León. ICONA. Madrid.

ELÍAS PASTOR, J. M.; ELÍAS PASTOR, L. V. y GRANDE IBARRA, J. (1992). *Cuadernos de la trashumancia*, n.º 4. Alto Macizo Ibérico. ICONA. Madrid.

TERÉS LANDETA, J.; PÉREZ FIGUERAS, C. y VALERO SAEZ, A. (1995). *Cuadernos de la Trashumancia*, n.º 11. Sanabria. ICONA. Madrid.

GÓMEZ SAL et al. (1995). *Cuadernos de la trashumancia*, n.º 17. Pernía-Páramos-Alto Campo. ICONA. Madrid.

BACAICOA SALAVERRI, I. & ELÍAS PASTOR, J. M. (1996). *Cuadernos de la trashumancia*, n.º 21. Segovia-Ávila-Salamanca. ICONA Madrid.

A lo largo de la exposición y con objeto de hacer más simples las citas a esta obra, me limitaré a reseñar el número y página del Cuaderno correspondiente.

2. LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA Y SU TRANSFORMACIÓN

A. DEFINICIÓN

Para empezar, quizás debamos formularnos un sencilla pregunta que, a pesar de todo, todavía sigue siendo pertinente ¿qué es la trashumancia?, ¿qué debemos entender cuando utilizamos este término?.

El D.R.A.E. define TRASHUMAR: como «Pasar el ganado con sus conductores desde las dehesas de invierno a las de verano, y viceversa». Definición amplia que comprende, también, a la trasterminancia y a otros movimientos estacionales del ganado como, por ejemplo, los desplazamientos de los «vaqueiros de alzada» o de los pasiegos y otros semejantes que se verifican tanto en el ámbito mediterráneo como en el pirenaico o el alpino. Aunque, en relación con la trasterminancia se precisa que se trata del «ganado que sale de su término y jurisdicción y pastos comunes a herbajear de invernadero o agostadero en términos municipales próximos».

Lo primero que hay que señalar es una obviedad que, sorprendentemente, sigue sin estar clara para algunos: trashumancia no es igual a Mesta, ni la inventó Alfonso X en 1273, ni desapareció en 1836 con la abolición legal de esta institución. Aunque la existencia del Honrado Concejo durante bastante más de medio milenio puede haber contribuido a generalizar este error. Ha existido antes y sigue existiendo hoy. Y ello porque obedece a factores físicos, climáticos, y a sus repercusiones sobre el crecimiento de los pastos.

Los movimientos estacionales de los ganados y de sus pastores en busca de pastos frescos espontáneos es probable que hayan surgido durante el Neolítico; se han asociado a la Cultura Megalítica, a la del Bronce (Cogotas I), y a los pueblos celtas meseteños del Segundo Hierro (Vettones, Celtíberos, etc.), de manera que durante la repoblación medieval simplemente se retomaron prácticas que ya se conocían desde tiempo inmemorial.

La creación de la Mesta, como corporación privilegiada, dotó de unas estructuras y unos contenidos históricos concretos a esta actividad y contribuyó a regular unas prácticas que se han mantenido vivas durante siglos y que todavía nos resultan familiares y cercanas.

No obstante, la Reforma Agraria Liberal y las transformaciones económicas habidas a partir del segundo tercio del siglo XIX contribuyeron a desmantelar el entramado de la trashumancia mesteña y privilegiada desde los puntos de vista institucional, técnico y económico. Pero no eliminaron lo más sustantivo de este sistema pastoral: los desplazamientos estacionales de pastores y ganado en busca de pastos frescos.

De manera que la trashumancia sigue existiendo en nuestros días y es un patrimonio de importancia excepcional, además de ser el medio de vida de algunos ganaderos, entre otros, de nuestra región.

B. EL CLIMA MEDITERRÁNEO Y LOS PASTIZALES

Partiendo de la condición de alimentar al ganado con pastos frescos espontáneos hay, en efecto, una base física, objetiva, que explica la razón de ser estos desplazamientos: las peculiaridades del clima mediterráneo, y los desfases fenológicos que se producen en los herbazales tanto latitudinal como altitudinalmente (ver gráfico 1). Por una parte hay que tener en cuenta las repercusiones del clima (sobre todo temperaturas y precipitaciones) en el tapiz vegetal; y, por otra, hay que considerar las cliseries o pisos de vegetación que se suceden en altura como consecuencia del relieve. Y, también, claro, la acción secular de pastores y ganados sobre estos recursos de carácter climácico y serial.

Los ganados se desplazaban desde el ámbito del bosque mediterráneo del sur peninsular (generalmente de encina o de alcornoque), al de los cervunales —de *Nardus stricta* L., cervuno— y matorrales supraforestales de piornos y enebros (subalpinos u oromediterráneos). Pero, evidentemente, tanto los puertos como las dehesas son un producto de la acción humana sobre estas formaciones vegetales originarias: son dos tipos de paisaje ganadero creados por el pastor y sus rebaños a través de una intervención continua y secular. Mediante el ahuecado del bosque, quemas periódicas y el consumo selectivo de las herbáceas por parte de los animales.

Sobre las dehesas —de las que ahora no me ocuparé y sobre las que existe ya una bibliografía casi abrumadora³—, baste decir que se trataba de pastizales «defendidos» de la entrada de los ganados ajenos. Su localización era sureña (la actual Extremadura, Castilla la Mancha y Andalucía, sobre todo), y jugaban en el sistema el papel de extremos o invernaderos (pastos de invierno). Habiendo pasado a convertirse, en la actualidad, en explotaciones de contenido agro-silvo-pastoril.

Pero ¿qué debemos entender, por «puertos»? Los mesteños denominaban «puertos, agostaderos o veranaderos» a los pastizales estivales de las sierras

³ Sería inabarcable intentar una selección bibliográfica por mínima que fuera. Por ello me limito a citar las obras de LLORENTE PINTO, J. M. (1985) Los paisajes adehesados salmantinos. Centro de Estudios Salmantinos, C.S.I.C. Salamanca, y GÓMEZ GUTIÉRREZ, J. M. (1992) El libro de las dehesas salmantinas. Junta de Castilla y León; advirtiendo al lector, sin embargo, que las dehesas de Salamanca no tuvieron una vinculación decisiva con la trashumancia.

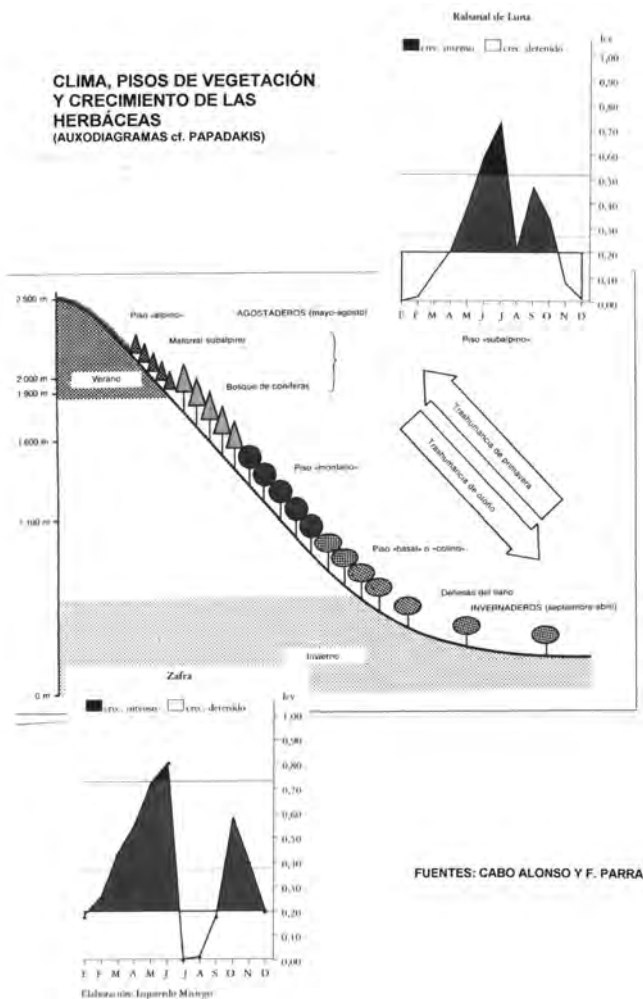


Gráfico 1.

de León, Segovia, Soria y Cuenca. No obstante, para una definición adecuada de estos espacios hay que recurrir a criterios físicos, históricos y funcionales.

Ya he aludido a la base física: clima, relieve y vegetación; altitud, matorrales y pastizales supraforestales, etc. Centrémonos, pues, en los aspectos históricos y funcionales. Entre los primeros conviene destacar las formas de propiedad y sus transformaciones. Durante el Antiguo Régimen generalmente se trataba bienes de propios arrendados por los pueblos a los trashumantes

—«pastos sobrantes» no utilizados, o apenas, por los lugareños— que, con la Reforma Agraria Liberal han pasado a convertirse en Montes de Utilidad Pública propiedad de los pueblos cuyo aprovechamiento es objeto de subasta, o se han privatizado de formas muy diversas. Desde el punto de vista funcional, se trata de unidades de gestión de los recursos pastables. Como ha señalado GÓMEZ SAL, refiriéndose a León, a efectos prácticos, el puerto puede dividirse en tres elementos esenciales: las zonas llanas y bajas, las laderas y las peñas ⁴.

En las primeras (zonas llanas y bajas) es dónde se sitúan los pastos herbáceos más productivos (a veces se trata de prados particulares del pueblo que sólo tras la siega aprovechan las ovejas que arriendan el puerto). Las laderas, de pendiente más o menos suave, incluyen zonas llanas donde suelen situarse las majadas — lugares de referencia para el uso ganadero y que constan de cabaña o chozo y corral para las ovejas —. Sobre las laderas se hacen los «careos» (recorridos diarios de las ovejas) que el pastor con ayuda del «perro carea» organiza u orienta en función de las condiciones y disponibilidad y calidad de pasto. En fin, «las peñas» forman las divisorias de cuencas y con frecuencia acogen los pastos más finos y reputados por su calidad.

Esta descripción, basada en los puertos leoneses, no es literalmente aplicable a todos los veranaderos de nuestra región, pero contiene los elementos básicos que pueden reconocerse en todas ellas.

Hay que subrayar que los pastizales de los puertos son hoy un recurso amenazado. Bien por su escasa utilización, o bien por la sustitución del ganado ovino por el vacuno. En el primer caso, como consecuencia de la sucesión vegetal, los pastos están siendo invadidos por el matorral de piorno generalmente y, con ello, corren el riesgo de desaparecer numerosos endemismos botánicos propios de estos ecotopos antropizados. En el segundo, es bien conocida la dificultad del vacuno para pastar las pendientes así como su mayor selección de las hierbas, razón por la que se está produciendo un importante embastecimiento de este recurso que en muchos casos corre ya el riesgo de perderse.

C. CAÑADAS Y VÍAS PECUARIAS

Para los desplazamientos de pastores y ganados, se creó, en tiempos pretéritos, una tupida red de vías pecuarias que ha sobrevivido, en condiciones más o menos lamentables, hasta nuestros días. Estas cañadas tienen su origen habitualmente en las sierras o puertos y se despliegan hasta los «extremos» o invernaderos meridionales. Y son, como se ha señalado tantas veces, además de caminos, «pastos longitudinales» que permitían alimentarse al ganado durante la marcha.

⁴ Cuaderno n.º 3, pág. 14.

En el gráfico 2 se recogen las principales que atraviesan el ámbito geográfico de nuestra comunidad, y la longitud y superficie que ocupaban en los años ochenta.

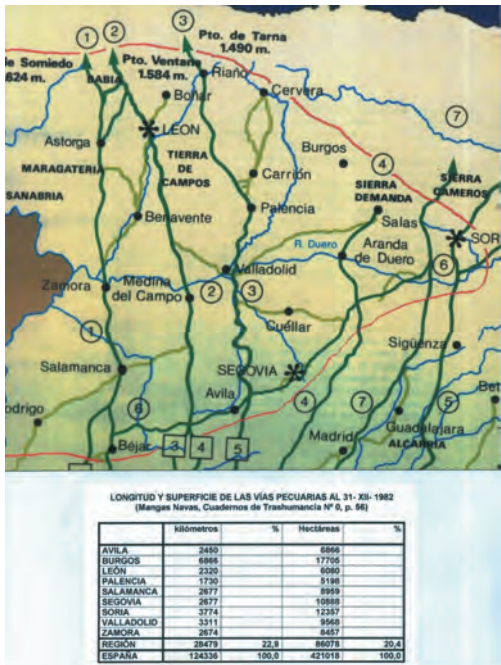


Gráfico 2.

No voy a entrar ahora en la definición, medidas, características y peculiaridades de diseño de estas infraestructuras, o de los puentes, fuentes y descansaderos que las complementaban, asuntos estos por todos conocidos. Ni tampoco a discurrir sobre su valor patrimonial como herencia maltratada por el intrusismo público (carreteras, embalses, etc.) y privado (ocupaciones y usurpaciones de cultivadores, edificios, basureros, etc.). O sobre su potencial uso alternativo como «vías verdes» para andariegos, ciclistas y jinetes. Sobre todo ello existe ya una abundante literatura y experiencias y proyectos concretos que nos hablan de una conciencia social que ha superado la sensibilidad de los responsables políticos y administrativos.

Pero si conviene apuntar, sin embargo, la secuencia que el cambio tecnológico ha introducido en su uso por los ganaderos, porque ha contribuido a modificar el tiempo de aprovechamiento de los pastizales y, en general, el manejo del ganado y las condiciones de vida de los pastores.

Aunque, como veremos más adelante, todavía muchos rebaños siguen desplazándose a pie por estos viejos caminos (en trayectos generalmente inferiores a los 100 km.; es decir, de tres o cuatro jornadas), lo cierto es que desde finales del siglo XIX el ferrocarril comenzó a ser utilizado como procedimiento parcial y alternativo para el transporte del ganado, llegando a su máximo auge durante los años cuarenta del siglo XX. Y, desde hace unas pocas décadas, este modo de transporte viene siendo sustituido en gran medida, y a pesar de sus precios, por el camión. Al igual que lo están siendo las yeguas del hato por los «todo terreno».

Evidentemente, esta ha sido una de las razones principales del abandono de las viejas cañadas y de su caída en desuso. Pero, por otro lado, otros factores también han contribuido a su configuración actual. La concentración parcelaria, por ejemplo, ha supuesto en no pocos casos la modificación de su trayectoria tradicional e, incluso, en algún caso (en Tábara, por ejemplo), se han creado nuevos cordeles para posibilitar la reciente trashumancia de aquella comarca.

Lo cierto es que todos estos cambios han repercutido bastante radicalmente en la vida y el trajín de los pastores que han ganado en comodidad y calidad de vida; pero también han alterado el calendario trashumante alargando las fechas de entrada y salida de los animales en los pastos.

D. LOS PASTORES

Como es lógico, factor fundamental de la trashumancia eran los pastores. Mayoral, rabadán, compañero, sobrao, zagal y ayudador ocupaban cada uno un peldaño en la jerarquía mesteña. Y a ellos hay que añadir los roperos y motriles que les asistían en puertos y dehesas. Cada uno desempeñaba funciones diferenciadas en las marchas del rebaño y en el manejo del ganado.

Incluso hubo zonas y aldeas especializadas en la pastoría. En León, por ejemplo, como nos cuentan RODRÍGUEZ PASCUAL y GÓMEZ SAL⁵, en los pueblos de la cabecera del Cea —localizados antes de los puertos de merinas— los pastores de ganado trashumante fueron en algunos casos más numerosos que los labradores de «pan coger» durante el siglo XVIII. Destacaban en esta época los pueblos de Remolina, Las Salas, Anciles, Argovejo y Tejerina donde cerca de la mitad de los vecinos se dedicaban al pastoreo.

Esta especialización ha sido atribuida a tres causas principales: la situación de los pueblos, muy cercanos al lugar en el que la cañada penetraba en la sierra; la escasez de recursos y la relativa pobreza del territorio en comparación con el de otros pueblos situados más en el interior de la montaña

⁵ Cuaderno n.º 3, págs. 30-32.

(cabecera del Esla). Y, finalmente, el conocimiento tradicional del oficio por parte de este colectivo humano y su transmisión (cultura pastoril), a los jóvenes, que pasaban a enrolarse como pastores en los rebaños en los que sus mayores desempeñaban cargos importantes (mayorales, rabadanes).

Tal fue la importancia y arraigo del oficio que, en la época en que desaparecieron las grandes cabañas, los pastores, antes empleados en ellas, tomaron la iniciativa de asociarse y constituirse en copropietarios de rebaños de «piaras» que siguen practicando la antigua trashumancia. Fenómeno que llegó a tener gran importancia en los años cincuenta.

Porque, como ha señalado VILLARROEL (1975), «sólo había dos alternativas para los habitantes: pastor o religioso (cura o fraile). De esta manera, por ejemplo, a Tejerina se le puede considerar como uno de los pueblos más levíticos de toda España. En el año 1965 podían contabilizarse un total de 65 sacerdotes, religiosos y religiosas, procedentes del pueblo, lo que comparado con los 300 habitantes que permanecían en él supone un 21% de la población⁶.

La abundancia de pastores condicionaba, incluso, el ritmo vital y los modos de vida de estas aldeas montañosas hasta extremos sorprendentes. Pues como ha probado A. GARCÍA SANZ para el caso del pueblo serrano de Prádena (Segovia), hasta los nacimientos se hacían eco de la cadencia estacional del pastoreo y los niños venían al mundo, aproximadamente, nueve meses después de San Juan que era cuando los pastores regresaban a casa desde las dehesas⁷.

Hoy, el envejecimiento (a veces incluso la extinción) de este colectivo supone un serio problema para el mantenimiento de la trashumancia.

Es frecuente que sean los propietarios —a menudo con sus familiares— quienes apacienten el ganado. Y no están ausentes tampoco, como después veremos, las viejas prácticas y costumbres comunales (las dulas). Pero, se va imponiendo la contratación de asalariados, con cierta frecuencia no demasiado conocedores del oficio.

Por otro lado, también han desaparecido las categorías y especialización funcional tradicionales de raigambre gremial. Pero el «saber hacer» de nuestros pastores es un activo muy valioso que corre un serio riesgo de perderse. Y no hay enseñanzas profesionales alternativas —salvo algún caso digno de todo elogio— que sirvan de paliativo a este capital tan largamente acumulado. Además, como es obvio, el trabajo del pastor no goza en absoluto del reconocimiento social que merece.

⁶ Cuaderno n.º 3, pág. 32

⁷ GARCÍA SANZ, A. (1977): *Desarrollo y crisis del Antiguo Régimen en Castilla la Vieja. Economía y sociedad en tierras de Segovia, 1500-1814*. Akal, Madrid. Ibid. Cuaderno n.º 21, pág. 31.

E. EL GANADO: OVEJAS, CABRAS, YEGUAS Y VACAS

El corazón de la trashumancia mesteña era la oveja merina, la oveja fina, productora de los preciados vellones destinados, generalmente, al mercado exterior. Pero los rebaños de entonces eran un variopinto conjunto en el que participaban —en mucha menor proporción, claro está— cabras, yeguas y vacas. Por ello en el escudo del Honrado Concejo estaban representadas también estas últimas.

Además, las distintas cabañas disponían de animales con caracteres morfológicos diferenciados, producto de una larga y cuidadosa selección, que competían entre sí por la calidad de sus lanas.

Aunque el asunto ha sido muy debatido, no se conoce con exactitud el origen de la oveja merina. Pero, de cualquier modo, una vez roto el monopolio de esta raza durante el siglo XIX, las estirpes españolas se convirtieron en progenitoras de la actual cabaña merina mundial. Primero, las famosas ovejas «sajonas» hundieron las exportaciones de los vellones españoles. Más tarde, con la devaluación generalizada de este producto (merinas australianas y argentinas, fibras sintéticas, etc.), se ha puesto en peligro, incluso, la supervivencia de la propia raza.

Hoy nuestras merinas trashumantes están dedicadas a la producción de corderos y son muy frecuentes los cruces con otras razas más prolíficas o de más envergadura, tales como la manchega. De manera que muchos rebaños —procedentes de las «excusas» de los pastores de antiguas cabañas— actualmente están formados por ovejas entrefinas. Aunque, afortunadamente, existen unos pocos rebaños selectos y casi experimentales (normalmente propiedad o tutelados por la administración, aunque no sólo) que preservan este patrimonio genético logrado a través de siglos de inteligente y riguroso trabajo por parte de ganaderos y pastores.

Y otro tanto puede decirse del ganado cabrío (la raza verata, por ejemplo), de los mastines entonces tan necesarios para ahuyentar al lobo y otras «alimañas» (los leoneses son bien conocidos), o del vacuno (negra avileña), como veremos después.

Pero quiero dejar constancia, sin embargo, como recuerdo de uno de sus más entusiastas defensores, GARCÍA DORY (pero también cabría referirse a SÁNCHEZ BELDA, a SARAZÁ, y algunos otros más), de que el «productivismo» ganadero de los años setenta y ochenta estuvo a punto de acabar irresponsablemente (de hecho acabó con algunos), con muchos de los ecotipos autóctonos cuyas virtualidades productivas están aún por descubrir. El espejuelo de razas alóctonas muy productivas en apariencia, chocó pronto con las limita-

ciones alimenticias de las agriculturas mediterráneas (con los costes adicionales que suponen su dieta) y con la realidad de su vulnerabilidad ante los agentes patógenos en un medio tan peculiar y tan duro como el nuestro.

El paso del tiempo y algunas experiencias lamentables nos han puesto, al cabo, en la sorprendente tarea de tener que *redescubrir* un viejo patrimonio genético en buena medida despilarrado, cuando no, simplemente desaparecido para siempre por pura negligencia. Patrimonio que, como en el caso de la oveja churra o de la vaca negra avileña, han resultado ser un tesoro de valor reconocido de manera general.

F. LAS UNIDADES DE EXPLOTACIÓN: CABAÑAS Y REBAÑOS

Como G. ANES nos recuerda, «recibían el nombre de cabaña el conjunto de reses trashumantes que tenían los ganaderos hermanos de la Mesta. Y también recibió el nombre de *Cabaña Real*, el conjunto de los efectivos ovinos mesteños por la protección que le dispensaba Su Majestad. Una cabaña constaba, al menos, de 5.000 cabezas y se dividía en *rebaños*, de unas 1.000 cabezas cada uno. Las cabañas eran de tamaño muy desigual, pues variaban desde cerca de 5.000 cabezas de ganado hasta más de 50.000⁸. A finales del siglo XVIII las mayores cabañas estaban en manos de la aristocracia ganadera (condesa de Campo Alange, marqués de Portago, marqués de Perales, duque del Infantado, etc.) y de unos cuantos monasterios como los cartujos del Pualar o los Gerónimos de El Escorial o Guadalupe. Todos ellos superaban las 25.000 cabezas de ganado trashumante.

Pero con la crisis lanera y la desaparición de la Mesta en el siglo XIX, fueron desintegrándose estos enormes patrimonios ganaderos quedando reducidos, muchas veces, a las excusas de los pastores (piaras). No obstante, y a pesar de las dificultades, todavía en los años cuarenta del siglo XX trashumaban grandes ganaderías desde Extremadura hasta los puertos de León o de Palencia.

Hoy escasean ya los rebaños de 1.000 o 1.200 cabezas en manos de un solo propietario. Lo frecuente es la reunión de varios hatos (a menudo pertenecientes a miembros de una misma familia) hasta formar unidades de manejo y gestión adecuadas. E, incluso, no son raras las sociedades propietarias de rebaños. La generalización de la trasterminancia y la sustitución del ganado ovino por el vacuno ha modificado radicalmente, también, las dimensiones y características de los rebaños.

⁸ ANES, G. & GARCÍA SANZ, A. (Coords.); op. cit. pág. 255.

G. EL CICLO TRASHUMANTE

En el gráfico 3 se ha representado el calendario y las principales actividades del pastor en el ciclo trashumante tradicional, siguiendo el admirable relato que A. PONZ nos ha legado en las páginas del Tomo X de su conocido *Viage de España*⁹. Los periodos y actividades básicas en este ciclo eran la paridera, que se llevaba a cabo en las dehesas durante el invierno, los desplazamientos por las cañadas (cañada arriba en abril y cañada abajo de mediados de septiembre a mediados de octubre), el esquila en mayo, y la estancia en los puertos (apareamiento) entre junio y septiembre.

Hoy día las cosas han cambiado mucho. Y ello, por tres razones fundamentales. En primer término, porque no es ya la lana el esquilmo que interesa al pastor, sino la carne, los corderos. De manera que la fecha de la paridera se acomoda a las necesidades del mercado. En segundo lugar, porque la trasterminancia se va imponiendo sobre la trashumancia. Y, por último, porque los desplazamientos se hacen mayoritariamente por ferrocarril o en camión como ya sugerimos algunos párrafos atrás.

Todo ello ha conducido al surgimiento de nuevos ciclos menos generalizables y más adaptados a las necesidades locales, como veremos más adelante al referirnos a las distintas zonas de la región en las que perdura este régimen de pastoreo. Por no entrar, claro, en las peculiaridades de la trashumancia del vacuno, tan importante hoy en muchas de nuestras sierras.

H. LOS VELLONES

Durante el mes de abril los rebaños emprendían su camino hacia los agostaderos. Y en mayo se procedía al esquila. Posteriormente, la lana se lavaba y se embalaba en fardos convenientemente señalados con la letra de su calidad y el hierro de su propietario, para partir hacia los puertos de embarque con destino al exterior (Flandes, Italia, Inglaterra).

De todo este largo y laborioso proceso apenas nada queda ya, sino el recuerdo y el testimonio de los documentos de la época. Hoy la lana se ha convertido en un esquilmo muy secundario y depreciado que casi no paga el trabajo del esquilador y la industria se ocupa de todo lo demás. Lo importante ahora es la carne, los corderos, que recorren otros circuitos industriales y comerciales muy diferentes de aquellos.

Pero quiero referirme a los «ranchos» o «esquileos» porque representan uno de los pocos tipos arquitectónicos (los otros son los chozos y las rope-

⁹ PONZ, A. (1787): *Viage de España*, tomo X. Madrid.

EL CICLO TRASHUMANTE

PUERTOS	
DEHESAS	
DESPLAZAMIENTOS	
ESQUILEO	

MESES	LUGAR	OPERACIONES
JUNIO		PUERTOS: (RETAZAR DESCORDERAR APAREAMIENTO)
JULIO		
AGOSTO		
SEPTIEMBRE		ALMAGRE
OCTUBRE		CAÑADA ABAJO HACIA LAS DEHESAS
		REPARTO DE LAS DEHESAS: MILLARES Y QUINTOS ASENTAR MAJADA
NOVIEMBRE		
DICIEMBRE		PARIDERA (MANATAR, DOBLAR, ENGORRONAR)
ENERO		
FEBRERO		
MARZO		REBOTE HERRADO CORNICORTAR CASTRAR
ABRIL		CAÑADA ARRIBA HACIA LOS PUERTOS
MAYO		ESQUILEO

Gráfico 3.

rías) directa y estrechamente vinculados a la trashumancia. Y más concretamente a los situados en la «Cañada de la Vera de la Sierra» (o Soriana Occidental), próximos a la ciudad de Segovia, dónde eran más abundantes que en cualquier otro lugar de la Corona de Castilla.

Como A. GARCÍA SANZ nos ha enseñado en un librito o guía cuya lectura recomendando ¹⁰, tres razones posibilitaron tal concentración: su estratégica ubicación junto a una cañada que servía de nexo y comunicación con otras de las más principales, la abundancia de buenos pastos en los alrededores de la ciudad y la vecindad madrileña de muchos de los más importantes ganaderos del país. Y conviene no olvidar que, a mediados del siglo XVIII, se esquilaban en ellos nada menos que 750.000 cabezas de merino.

Pues bien, con la notable excepción del esquila de Cabanillas (afortunadamente declarado «Bien de interés cultural»), solo ruinas quedan ya de aquél valioso conjunto monumental. Y, sumándome a la opinión del citado profesor y a otras voces autorizadas, quiero romper una lanza ahora reivindicando la imprescindible y ya indeclinable intervención de las administraciones públicas, para al menos detener, el implacable y demoledor trabajo del transcurrir del tiempo sobre estos edificios. Que no quedaría completa sin llevar a feliz término el proyecto de un «Museo de la lana y de los paños» —o, al menos, de la trashumancia— en el único esquila que permanece incólume, gracias al generoso cuidado que en él han puesto sus propietarios.

Solamente una trasnochada, estrecha y tópica concepción de lo que realmente es nuestro «patrimonio histórico o cultural» puede explicar esta falta de interés por los restos que nos quedan de la cultura material de antaño. Y, evidentemente, a estas alturas, el argumento de la escasez de recursos disponibles para estos fines no puede ser ya una disculpa que pueda ser tomada en serio. La celosa dedicación recuperadora de la arquitectura religiosa regional es una buena prueba de ello.

3. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA TRASHUMANCIA EN CASTILLA Y LEÓN

Como ya he sugerido, podemos conocerla gracias al esfuerzo de un grupo de inteligentes estudiosos interesados por el crecimiento ganadero sostenible, respetuoso con los recursos genéticos autóctonos (patrimonio vegetal y animal), y con las ventajas de unas prácticas y de un «saber hacer» heredados, a menudo mucho más racionales de lo que a primera vista pudiera parecer.

¹⁰ GARCÍA SANZ, A. (2001), Antiguos esquileos y lavaderos de lana en Segovia. R. Acad. de H.^a y Arte de S. Quirce, Segovia.

Y, también, claro, merced a la feliz iniciativa de J. M. MANGAS NAVAS que ha hecho posible la publicación de la serie «*Los cuadernos de la trashuman-cia*», en la que se recogen los resultados de una amplia encuesta y se levanta acta de la situación actual de esta actividad en el conjunto de nuestro país.

Claro que lo interesante de este proyecto no estriba solo en su indudable valor testimonial (de «inventario» de los activos existentes en un sector demasiado olvidado —cuando no despreciado— de nuestra ganadería), por otra parte absolutamente imprescindible en una sociedad que se pretende evolucionada y moderna; sino, sobre todo, el ánimo que subyace en la investigación, que no es otro que la búsqueda de una correcta asignación de estos recursos realmente disponibles. Y ello, frente al fácil y presuntamente racional y rentable mimetismo productivista, más atento a la adopción de soluciones foráneas, aparentemente solventes a corto plazo, pero que en realidad implican grandes costes patrimoniales (genéticos) y energéticos y que, por añadidura, están teniendo repercusiones para el consumidor en algunos casos lamentables.

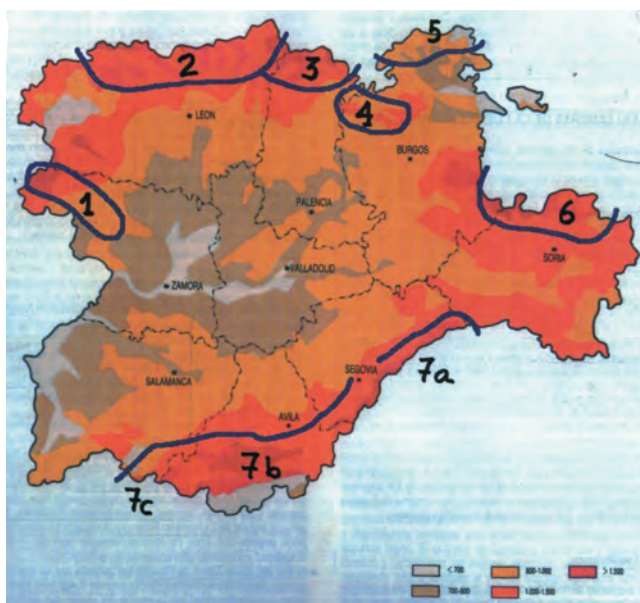
Porque, a estas alturas, no estamos ya en tiempos en los que el objetivo prioritario sea, precisamente, conseguir una dieta básica que rescate a los ciudadanos de la subalimentación y la desnutrición. Sino que, por el contrario, como demuestra con reiteración la variada experiencia de otras líneas de producción alimentaria (aceites, embutidos, quesos, vinos, etc.), son la calidad de la materia prima, los procedimientos genuinos de elaboración, la garantía de denominación de origen y las estrategias de comercialización, los factores que dan valor al producto final y hacen remuneradora su producción.

Y precisamente en esta senda reaparecen las viejas prácticas ya casi olvidadas y los viejos recursos, que sólo una codicia espoleada por el beneficio a corto plazo había considerado inservibles, sin ningún valor y condenadas a una irremediable y callada desaparición, contra la que, de modo igualmente silencioso, continúan rebelándose.

De manera que, aunque pueda resultar un tanto sorprendente para algunos, el fenómeno de la trashuman-cia, si bien con un carácter marginal y sumido en una profunda crisis, continúa vivo y va adoptando formas y soluciones novedosas adaptadas a la coyuntura y a las condiciones técnicas e institucionales en las que se desenvuelve la actividad ganadera. Es decir, estamos ante un rico patrimonio que lejos de ser un arcaico e inútil lastre, puede contribuir a vislumbrar soluciones a algunos de los problemas que plantea la actividad ganadera en el ámbito mediterráneo. Sobre todo si a esa experiencia inmemorial se logra sumar el bagaje técnico, financiero y comercial disponibles en una sociedad evolucionada como la nuestra.

Pues bien, en nuestra tierra aún encontramos testimonios vivos de esta actividad (en alguna de sus formas) en las montañas y penillanuras del N.W.

(Aliste, Tábara y Sanabria), en las sierras cantábricas de León y Palencia, en las Loras palentinas y burgalesas, en las montañas de Burgos, en las cumbres sorianas del Sistema Ibérico y en el Sistema Central, donde Gredos cobra un especial protagonismo (ver mapa 1).



Mapa 1.

Se trata, en general, de zonas de montaña mal comunicadas, con pocas posibilidades para ejercitar el cultivo, que sufren unas condiciones de vida ciertamente duras. Comarcas deprimidas con rentas muy bajas y escasa dotación de servicios. Espacios que atraviesan una aguda crisis demográfica y que han estado sujetos a un fuerte proceso migratorio desde los años sesenta. Predominando en ellos, normalmente, el hábitat disperso, con bajas densidades (casi desérticas) y poblaciones muy envejecidas que difícilmente pueden asegurar el relevo generacional.

Y a todo lo anterior es preciso añadir, además, la existencia de importantes problemas agrarios de tipo estructural. Conviviendo en ellas un agudo minifundismo (en muchos casos no se ha llevado a cabo aún la concentración parcelaria), con extensas propiedades comunales, y en las que ha tenido lugar un importante proceso de abandono y retroceso de los cultivos, predominando hoy los usos ganaderos y forestales a los que, recientemente, se ha sumado un incipiente turismo rural. Pero también, espacios que cuentan con una larga tra-

dición ganadera, a menudo trashumante, aunque, como veremos, existen casos de incorporación reciente a esta actividad o a la trasterminancia.

Repasemos, pues, muy brevemente, el panorama que acabamos de esbozar.

A. LAS MONTAÑAS Y PENILLANURAS DEL N. W.

En realidad se trata de dos comarcas geográficamente diferentes pero complementarias y actualmente unidas, entre otros lazos, por el vínculo de la trashumancia: Sanabria y Aliste/Tábara. La primera está situada en el viejo macizo galaico-leonés, intensamente modelado por el glaciario cuaternario; mientras que Aliste pertenece a las penillanuras arrasadas al nivel de las campiñas y Tábara se sitúa al pie de las primeras estribaciones de la Sierra de la Culebra.

Sanabria tiene una vieja tradición ganadera no demasiado conocida, quizás, por haber estado englobada en el ámbito más general de las montañas de León. Durante el Antiguo Régimen, era tierra de los condes de Benavente y se sabe que sus alturas se utilizaban como pastaderos de los ganados extremeños, especialmente el valle de Porto. Mucho más reciente es la trashumancia alistana y, sobre todo, la de Tábara, que se inició hace aproximadamente unos 20 años.

En la actualidad se distinguen, en este ámbito, tres tipos de trashumancia bien diferenciados: los «merineros» extremeños, los «churreros» de Aliste y Tábara y los trashumantes sanabreses.

En el primer caso, estamos ante una trashumancia ascendente de ganado ovino hoy residual y en recesión, en la que están implicados varios importantes ganaderos extremeños. En conjunto se trata de unas 5.000 ovejas de raza merina muy seleccionada que llegan a las sierras desde Cáceres por ferrocarril y en camión, permaneciendo en los puertos sanabreses desde mayo a noviembre. Nos encontramos, pues, ante un ejemplo relictual de trashumancia clásica que pervive gracias al empeño de los propietarios del ganado.

Muy diferente es, sin embargo, el fenómeno de los «churreros» de Aliste y Tábara, que han llegado a convertirse en el principal grupo trashumante de la zona, moviendo en total unas 23.000 ovejas de raza castellano-manchega y no churra como de su apelativo local pudiera colegirse.

Los desplazamientos se realizan a pie y con caballerías por las cañadas y cordeles existentes —algunos de nueva creación para este fin—, en trayectos de unos 100 km. como máximo. Y en el manejo del ganado destacan usos y detalles sorprendentemente arcaicos y muy peculiares e influenciados por la tradición comunal que pervive con bastante vigor en estas tierras. Los rebaños están formados por pequeños hatos de ovejas, pertenecientes a los campesinos,

que se reúnen formando «cabañas» de carácter local para llevar a cabo los desplazamientos y aprovechar los pastizales. No hay jerarquización de funciones entre los pastores, sino que son los propietarios los que se turnan en las faenas, permaneciendo el ganado en las sierras poco tiempo, durante los meses de julio y agosto. Resultan especialmente interesantes los procedimientos de reunión y disolución de estas «cabañas» (el «apartar») una vez que el ganado regresa a los pueblos de origen como ocurre, por ejemplo, en Pobladura de Aliste.

Por último hay que considerar la trashumancia descendente de vacuno desde las montañas de Sanabria hasta los invernaderos extremeños. En este movimiento, que cuenta ya con cierta tradición (unos 15 años), están implicadas unas 1.500 cabezas de ganado vacuno que procede de cruces industriales muy poco aptos para los desplazamientos a pie, de manera que comenzaron desplazándose por ferrocarril y actualmente lo hacen en camión hasta las dehesas cacereñas. Su aprovechamiento es para carne («jatos») y el ganado local alistanano, más fuerte pero menos adaptado a los tipos comerciales demandados por el mercado, ha sido relegado a un lugar como mucho testimonial.

Aunque el desplazamiento de merinas está en regresión, no ocurre lo mismo con el ganado vacuno y, sobre todo, con los «churreros» de Aliste. La estabilidad de esta trashumancia parece bastante segura e incluso podría aumentar en el futuro como ha ocurrido con los pastores de Tábara.

B. LAS MONTAÑAS DE LEÓN

Por la extensión y calidad de sus puertos, por la longitud y densidad de su red de cañadas, por la cuantía de sus ganados y por la pericia de sus pastores, las montañas leonesas gozaron de merecida fama en el universo trashumante castellano desde siglos pretéritos. Y esa tradición y esos recursos, aunque mermados y cercenados por el tiempo, se han mantenido vivos hasta hoy haciendo de este espacio geográfico uno de los referentes básicos del mundo cañario actual.

Hasta los años setenta del siglo xx todavía llegaban en torno a 100.000 ovejas a las sierras y aún perviven, aunque deterioradas, las célebres cañadas de La Plata o Vizana, la Leonesa Occidental y la Leonesa Oriental. Y sobre la reciente vitalidad y el vigor de este esquilmio en aquellas tierras, disponemos de un estupendo testimonio gráfico y erudito en el libro que M. RODRÍGUEZ PASCUAL acaba de reeditar hace muy poco ¹¹.

¹¹ RODRÍGUEZ PASCUAL, M. (2001), *La Trashumancia. Cultura, cañadas y viajes*. (2.^a Ed.). Edilesa. León.

En la actualidad pueden distinguirse en la provincia de León tres tipos básicos de movimientos del ganado: la trashumancia tradicional con ovejas merinas, en la que cabe separar a las grandes cabañas de las pequeñas «piaras»; un fuerte contingente de ganado trasterminante (en parte heredero de los antiguos «trasladantes» y en parte formado por el trasiego denominado «de rastrojera a ribera»); y la trashumancia de ganado vacuno de origen mucho más reciente. Repasemos en unas pocas líneas en qué consiste cada uno.

a) La trashumancia

Como acabamos de señalar y se deduce del cuadro que acompaña a estas líneas, hasta los años setenta se estimaban en unas 100.000 las cabezas de ganado ovino que veraneaban en León. Desde entonces, el retroceso ha sido muy fuerte hasta quedar reducidas a las poco más de 37.000 unidades que se contabilizaron en el quinquenio de 1987-91.

Origen y evolución histórica de los censos de ovino trashumante

	1891 (1)	1949 (2)	%	1970-74 (3)	%	1987-91 (4)	%
Cáceres		43.075	49,7	76.230	79,4	32.538	87,8
Badajoz		72.760	26,3	12.060	12,2	2.540	6,9
Ciudad Real		12.385	14,3	8.220	8,3	1.978	5,3
Jaén		4.803	5,5				
Salamanca		2.660	3,0				
Palencia		1.017	1,2				
TOTAL	134.880	86.700	100,0	98.510	100,0	37.056	100,0

Fuente: Cuadernos de trashumancia, León, pág. 47.

Con el drástico descenso, además, se ha pronunciado el protagonismo del ganado que tiene a Cáceres como principal lugar de invernada, aunque efectivamente ésta no ha sido la única transformación. Las cañadas vienen siendo cada vez menos transitadas por estos rebaños que desde comienzos del siglo xx comenzaron a utilizar el tren en sus desplazamientos, proceso que culminó en los años cuarenta y que aún sigue siendo bastante general para hacer parte del trayecto; de manera que hoy la marcha hasta los puertos ha quedado reducida a cinco o siete jornadas a pie desde las estaciones de ferrocarril más próximas.

Las montañas de León fueron el destino de muchas de las más importantes cabañas trashumantes en el pasado y de esta tradición aún pervive una herencia testimonial. Nada tiene que ver ya su organización con la de antaño y sus efectivos son hoy sólo una pequeña muestra de lo que fueron. «Hasta los años cincuenta la trashumancia larga tuvo cierto vigor y se mantuvo, de forma que podría parecer milagrosa, pero basada en una racionalidad ecológica indiscutible, como pervivencia del antiguo régimen»¹².

Después, estos rebaños se deshicieron o cambiaron de manos. Pero aún podemos encontrar en la montaña de León los últimos representantes de las antiguas cabañas, que a duras penas han conseguido sobrevivir a las actuales condiciones del mercado. Y, en otros casos, su herencia genética pervive en algunos rebaños explotados en régimen trasterminante.

Desde siempre dos fueron los núcleos fundamentales de la trashumancia en León: Babia y Riaño. Y a ellos estaban ligados rebaños y pastores que, en general, procedían de los pueblos cercanos especializados en este trajín.

En la Babia, pasaban el verano las cabañas del Conde de la Oliva, de los hermanos Hidalgo Álvarez, o de Francisco Fernández Blanco, de Sierra Panbley, entre otras. La Montaña de Riaño, en oriente, la pastoreaban, las de Rojas, Perales, Montenegro y Cuesta. Mientras que el invierno lo pasaban mayoritariamente en las dehesas extremeñas de Badajoz.

Muchos de los actuales rebaños trashumantes y trasterminantes existentes en Babia y Luna proceden de ellas por herencia. Y la mayoría de los pastores (especialmente los que veraneaban en Riaño), «habían nacido en un puñado de pueblos de la cuenca alta del río Cea (Tejerina, Prioro) y del Esla (Remolina, Las Salas, Anciles y Argovejo)»¹³.

Las «piaras»

El origen de los «piareros» hay que buscarlo en la decadencia y desmembramiento de las grandes cabañas. Contaban para ello con sus excusas (que como sabemos consistían en pequeños hatos de ganado que formaban parte del salario de cada pastor), con su saber hacer y con los altos precios que alcanzó la lana en los años cuarenta.

¹² Cuaderno n.º 3, págs. 46-49.

¹³ Cuaderno n.º 3, págs. 49-50.

De este modo, y especialmente en Babia, surgieron durante aquellas fechas muchos rebaños de 150 a 200 ovejas que, evidentemente, resultaban por su tamaño inadecuados para una explotación al modo tradicional correcta. Y como respuesta a este inconveniente, llamémosle estructural, se puso en marcha entre los ganaderos un impulso asociativo de carácter parcial y temporal hasta formar «piaras» de 500 o 600 ovejas (y esta es la procedencia de su nombre), umbral más óptimo para afrontar conjuntamente aspectos tales como el transporte y, sobre todo, los arriendos de las hierbas. Sin embargo, en lo tocante al apacentamiento y el manejo de los animales, una vez en los puertos, cada propietario volvía a hacerse cargo de su propio hato.

Estas asociaciones también tuvieron lugar en otros lugares como la comarca de Riaño pero siguiendo un procedimiento diferente y quizás más elaborado, en parte semejante al de las sociedades limitadas. Aquí, se constituyeron sociedades a las que cada pastor aportaba, como capital, su hato y algunos recursos económicos; y el rebaño así formado era gestionado por personal contratado. Al final del ciclo pastoril, en otoño, se hacían las cuentas y si había beneficios se repartían en proporción a los lotes que cada uno tenía. Lotes que, además, podían ser objeto de transacciones comerciales. Esta fórmula, según nos comentan los autores de Cuaderno n.º 3 arraigó, sobre todo en Tejerina y en Prioro.

La situación actual

Según los autores del Cuaderno en el año 1990 trashumaron a León 25 rebaños compuestos por un total de 37.200 ovejas. De estas, la mayoría procedían de Extremadura y, en concreto, un 86%, de la provincia de Cáceres. Y por lo que al viaje respecta, un 73% (26.700 ovejas) lo hicieron en ferrocarril, y el resto, 10.500 (27%), en camiones. En lo tocante a la propiedad del ganado también existe un neto predominio de los ganaderos extremeños (52% de las ovejas), aunque en esta ocasión, los leoneses disponen del 36% de los efectivos. Además, son leoneses también los mayores y encargados de los principales rebaños extremeños.

En la actualidad y desaparecida ya, desde la segunda mitad del novecientos, la antigua jerarquía pastoril persiste, sin embargo, la figura del mayoral que es el auténtico gestor de todas las actividades relacionadas con la explotación y administración del rebaño.

Y las actuales unidades de explotación han sido tipificadas, atendiendo a su magnitud, en tres grupos principales: el primero está formado por cuatro ganaderías con una media de 4.000 ovejas/explotación que suponen el 43 %

de los efectivos trashumantes. Las de tipo medio (entre 1.500 y 2.000 ovejas/explotación) agrupan a un 27% del censo; y en fin, las más pequeñas tienen como media alrededor de las 800 ovejas (el 29% del total) que pertenecen al grupo más numeroso de ganaderos.

b) La trasterminancia

Habitualmente se denomina trasterminancia a los desplazamientos de corto alcance (en general menores de 100 Km.) que hacen los rebaños desde sus pagos concejiles hasta comarcas próximas para pastar sus yerbas. Y como en sus desplazamientos utilizaban las riberas como caminos recibieron el nombre de «riberiegos».

En León, «a los protagonistas de esta trashumancia corta se les denominó en Babia «blanqueros» y en Luna «trasladantes», en contraposición a los «serranos» nombre con el que se designaba en Extremadura a los pastores oriundos de las sierras del Norte». Los pastores de la cuenca alta del río Luna, se especializaron desde tiempos muy antiguos en esta trasterminancia hacia las vegas del Órbigo, y como en verano «trasladaban» sus ganados a los puertos de sus pueblos de origen recibieron la denominación de «trasladantes». Además, «estos ganaderos utilizaban una oveja especializada, más dura y resistente que la merina, de lana generalmente negra y con cierto grado de finura («entrefina»), que ellos denominaban, «churra», aunque no tenía nada que ver con la raza churra»¹⁴.

Pues bien, en las últimas décadas, esta modalidad de pastoreo se ha incrementado muy notablemente como consecuencia de la crisis de la trashumancia tradicional y de la ampliación de los regadíos en el Páramo.

Durante el invierno el ganado aprovecha las rastrojeras de las zonas bajas de regadío (valle del Órbigo sobre todo); ya en la primavera los rebaños se trasladan a los secanos de la Maragatería y alrededores de la ciudad de León y, llegado el verano (desde junio), se dirigen a los puertos de las zonas de origen de los pastores.

Pero lo más significativo de este sistema es su dinamismo y la fuerte expansión que ha experimentado durante las últimas décadas del novecientos: entre 1950 y los años noventa el número de cabezas ha pasado de menos de 20.000 a unas 100.000; y el de ganaderos se sitúa en torno a los 200 que proceden mayoritariamente de Sena de Luna y San Emiliano escaseando más

¹⁴ Cuaderno n.º 3, pág. 36.

los de la comarca de Riaño. Los recorridos oscilan en torno a los 100 km. y las unidades de explotación, suelen agrupar en torno a las 500 ovejas. El corredo es la única fuente de ingresos de la oveja. Y el beneficio equivale, prácticamente, a la cuantía de la subvención lo que, evidentemente, supone, a largo plazo, un serio riesgo para la continuidad para esta modalidad de explotación.

Cabe mencionar también y para finalizar, a la trasterminancia denominada «de rastrojera a ribera» que realizaban algunos pastores de Tierra de Campos (Palencia y Valladolid), con ovejas churras (en esta ocasión eran en efecto de esta raza), hasta el valle del Órbigo con objeto de aprovechar los rastrojos de los regadíos. Se trataba de pequeños hatos de 200 ovejas que conducían un pastor y un zagal. Pero esta modalidad ya pertenece al recuerdo.

c) La trashumancia de ganado vacuno

Mucha más importancia tiene, desde luego, la radical transformación que en los últimos tiempos se está produciendo en la trashumancia debido a la sustitución del ganado ovino por el vacuno. Este proceso —que se observa igualmente en la montaña palentina, en las Loras, en Soria y en Sistema Central— supone una auténtica ruptura con el pasado (aunque, como sabemos, en los orígenes de la trashumancia viajaban también, junto a las ovejas, vacas y yeguas) y afecta radicalmente al manejo del ganado y a los productos obtenidos en concordancia con las actuales exigencias de la demanda. En León participan, sobre todo, los ganados de Villamanín y menos los de Riaño y la magnitud del proceso puede observarse en el cuadro que sigue:

Trashumancia total de ganado vacuno (1987-1991)

Origen	Destino			
	Cáceres	Asturias	Santander	TOTAL
Montaña occidental	70	306	—	376
Montaña central	1.070	468	—	1.538
Montaña oriental	660	291	704	1.655
TOTAL	1.800	1.065	704	3.569

Fuente: Cuaderno n.º 3, pág. 52.

En ella están implicados, además de los ganaderos leoneses, otros de las provincias limítrofes. Durante el verano se aprovechan los pastos de los puertos y los animales regresan a sus puntos de origen para pasar el invierno o, en

el caso de los leoneses, se dirigen a Extremadura (Alcántara y Brozas) como ocurre con el ganado lanar. Los desplazamientos habitualmente se llevan a cabo en tren o en camión aunque también —como es el caso de los asturianos— los hay que llegan a los puertos caminando.

Esta alternativa, en principio tan sugerente, tropieza no obstante con algunos obstáculos que, de no resolverse, pueden hipotecar seriamente su futuro: el precio de los arriendos de los pastos y el coste del transporte del ganado. Como tendremos ocasión de comprobar no son exclusivos de los ganaderos de esta provincia, como tampoco lo son las vías para afrontarlos con ciertas posibilidades de éxito.

C. LA MONTAÑA PALENTINA

Aunque peor conocida y evidentemente a escala menor que la leonesa, la montaña palentina posee, también, una acendrada tradición trashumante.

Se trata, en realidad, de la continuación hacia oriente de las estribaciones cantábricas en las que, no obstante, tienen lugar algunas discontinuidades geográficas que permiten distinguir en ella tres sectores bien diferenciados. El primero, el Alto Carrión, es el más occidental y donde se localizan las mayores alturas con el Espigüete y Curavacas. A continuación, el alto valle del Pisuerga articula la comarca histórica y natural de la Pernía. Finalmente, La Braña, cabecera del río Rubagón, sirve en Brañosera y Salcedillo de confín oriental de la provincia. Todos ellos fueron territorios del Partido de Cervera y hoy están protegidos en el espacio natural de Fuentes Carrionas.

KLEIN creyó encontrar las primeras referencias escritas sobre la trashumancia en el conocido Fuero de Brañosera, pero aunque en él se habla de ganados que llegan a pastar desde fuera del concejo, el fuero manda que sean apresados lo que implica que los rebaños no tenían aún entera libertad de movimientos. Por otro lado, existen documentos que acreditan la entrada de reses trashumantes por Guardo, en cuyo puente los Duques del Infantado (señores Guardo) cobraron pontazgo desde comienzos del siglo XVI. También hay constancia escrita de que el ganado segoviano pastaba en los puertos de La Pernía, en el llamado «Pleito de la Montaña», estudiado por V. PÉREZ MOREDA y entablado entre el obispo de Segovia y los curas de los pueblos serranos por el cobro de los diezmos y que se prolongó a lo largo de los siglos XVI a XVIII. En él se citan los lugares de Lores, Camasobres, Redondo, Polentinos, Resoba, Santibáñez, Rabanal, Arvejal y Cervera. Y según El Catastro de Ensenada, Cervera de Pisuerga arrenda-

ba sus propios a los rebaños merinos del marqués de Yturbieta, y de otros vecinos de Madrid ¹⁵.

A comienzos del XIX, Miñano, refiriéndose a Vidrieros describe *«los despoblados de Pineda...dónde hay excelentes pastos para 40.000 cabezas de ganado estante, y el trashumante en verano»*. Lo que parece a todas luces excesivo. Y ya Madoz, refiriéndose al Partido de Cervera deja constancia de los inicios de su decadencia: *«Hoy aunque también en los meses de junio, julio, agosto y parte de septiembre suelen enveranar los ganados merinos, el valor de los pastos no iguala en una tercera parte al que tenían anteriormente»*.

MIÑANO y MADOZ citan en el Alto Carrión como lugares con puertos aprovechados por el ganado trashumante a Otero de Guardo, Valsurbio, los dos Cardaños, Alba de los Cardaños y Vidrieros; y en La Pernía a casi todos los pueblos de la comarca. En muchos casos se trataba de bienes de propios de los pueblos, pero en otros no estaba tan clara su verdadera naturaleza.

A mediados del siglo XIX, como consecuencia de la Desamortización Civil, muchos de estos puertos se pusieron en venta. Según el Catálogo de Montes de 1859, en el Partido de Cervera, se declararon exceptuados de la desamortización 238 montes que ocupaban 83.166 has., pero fueron declarados enajenables otros 51 con una extensión total de 9.983 has. La rectificación de 1862 redujo los exceptuados a 181 que ocupaban 71.358 has. Es decir, se pusieron en venta otras 11.808 has. que sumadas a las ya declaradas como venales hacían un total de 21.791. Ante esta situación algunos pueblos —p. ej. Triollo—, reclamaron a la Administración alegando que esos bienes eran necesarios para la supervivencia de los pueblos. Pero al parecer, la petición solo fue atendida parcialmente, de manera que aunque algunos puertos no se vendieron y quedaron en poder de las Juntas Vecinales de los pueblos, otros son hoy de propiedad particular.

Como consecuencia de las ventas de entonces y de otras apropiaciones, al parecer anteriores, la situación actual la han resumido GÓMEZ SAL & colaboradores, distinguiendo cuatro situaciones diferentes ¹⁶:

- a) Puertos propiedad de personas particulares.
- b) Puertos propiedad de Sociedades Ganaderas provinciales y extraprovinciales.

¹⁵ Cuaderno n.º 17, pág. 15.

PÉREZ MOREDA, V. (1978): La trashumance estival de merinos de Segovia: Le Pleito de la Montaña. Mel. Casa de Velazquez, XIV, págs. 285-312. Madrid.

FERNÁNDEZ, Q. (1975): El señorío de Guardo. Excma. Diputación Provincial. Palencia, pág. 83

¹⁶ Cuaderno n.º 17, pág. 14

- c) Puertos propiedad de otras instituciones como la Abadía de Lebanza, dependiente del Obispado de Palencia.
- d) Y puertos de entidades locales.

En los dos primeros grupos abundan tanto las personas físicas como jurídicas de Cantabria y más concretamente de la Liébana que, no en vano era copropietaria de estas tierras —de Pineda— durante el Antiguo Régimen. Especial importancia tiene la «Sociedad Civil Particular La Ganadera de los puertos de Pineda» que posee cinco puertos unidos en una sola finca de 1.947 has. en la vertiente norte del Curavacas. Otro tanto ocurre con los puertos de Piecorvillo y Reculera, hoy propiedad particular de un vecino de Cantabria. Antes de la desamortización estos puertos pertenecían «a una comunidad formada por 25 pueblos de la Pernía y 17 de Liébana desde tiempo inmemorial». Hay otros puertos propiedad de otras sociedades ganaderas de Piasca, Resoba y Santibáñez de Resoba. San Salvador de Cantamuda y Lores, también disponen de puertos en Pineda. Y lo dicho sobre el Alto Carrión, también vale para la Pernía, aunque aquí predominan los de titularidad pública.

Para la penetración de los ganados en la montaña y su acceso hasta los puertos, había tres vías pecuarias —cordeles— que, con el tiempo, han sufrido notable deterioro y alteración, tanto por efecto de la concentración parcelaria, como por su conversión en caminos rurales debido a su escaso uso pecuario. En contrapartida, la reciente trasterminancia ha abierto nuevos caminos que no tienen la consideración ni siguen los itinerarios de las viejas cañadas.

Al Alto Carrión se penetraba desde la Cañada Leonesa Oriental por Guardo y Velilla siguiendo, a continuación, por la actual carretera de los pantanos que coincide, en parte, con una vía de época romana. Un segundo cordel, el cerverano, ascendía desde la Valdavia por Castrejón de la Peña y Cervera hasta la Pernía, desde dónde se abrían diferentes veredas hacia los puertos que rodean al valle por levante y poniente. Finalmente, el tercer cordel, el montañés, ascendía por Aguilar de Campoó, siguiendo la vieja calzada romana, por los límites actuales de Palencia con Cantabria, para dirigirse a Híjar en el Alto Campoó, aunque alguna vereda cruzaba el valle del Rubagón en dirección a Brañosera y Salcedillo.

Pues bien, la vieja trashumancia de ganado merino ha venido padeciendo, desde mediados del siglo XIX, una profunda decadencia que ha conducido hasta su práctica desaparición en nuestros días.

Hasta mediados del s. xx las cañadas fueron muy transitadas a pie desde las estaciones de ferrocarril más cercanas, pero por diversas razones los camiones fueron sustituyendo al tren y, además, los rebaños fueron siendo cada vez más escasos.

En el Alto Carrión, Pineda, que durante los años cuarenta dio cabida hasta 14 rebaños, vio llegar a las últimas merinas en 1982-83, ocupando su lugar el ganado vacuno procedente de Cantabria. Y en el resto del Alto Carrión desaparecieron entre los años 70 (Vidrieros y Velilla) y los primeros ochenta (Triollo). En la Pernía, los últimos rebaños subieron en los 80 a Los Redondos. Y a La Braña, igualmente afectada por la crisis desde los 70, sólo suben actualmente 2 testimoniales rebaños con 3.600 ovejas.

No obstante, en este panorama tan desolador también brillan algunas tenues luces de esperanza. En realidad han tenido lugar ciertas transformaciones de importancia que podrían resumirse del siguiente modo:

- En primer lugar el ganado vacuno ha ido ocupando el espacio abandonado por el ovino, con las repercusiones que esto tiene en relación con la calidad de los pastizales.
- En segundo lugar ha surgido una nueva trashumancia de ganado vacuno que se lleva a cabo desde Cantabria y Palencia hasta Extremadura (descendente).
- Y en tercer lugar: se ha desarrollado un nuevo movimiento de trasterminancia, también de vacuno, desde Asturias, Cantabria y algunos pueblos palentinos como Saldaña hasta los antiguos puertos de merinas.

En todo ello están implicadas unas 4.500 cabezas que en el caso del ganado cántabro, el contingente más numeroso, proceden fundamentalmente de La Liébana y está formado por vacas pardo-alpinas o mixtas con tudancas que pasan el verano en aquellos parajes.

Se trata, pues, de una ruptura radical con las prácticas tradicionales, pero también de una cabal demostración de la plasticidad y vitalidad del sistema trashumante que, históricamente integrado en estructuras económicas diversas y desigualmente desarrolladas, viene dando respuestas a nuestras necesidades ganaderas desde hace milenios. Y, por consiguiente, de un patrimonio que merece la pena tomarse muy en serio.

D. LORAS DE PALENCIA Y PÁRAMOS DE BURGOS

Genéricamente, la comarca de las Loras comprende dos áreas que constituyen una misma unidad fisiográfica: *Las Loras* en Palencia y *Las Parameras* burgalesas. En ambos casos, los páramos, sinclinales colgados, son mesas de una altitud comprendida entre los 1.000 y 1.200 m., que tienen su techo en Valdelucio. En Burgos comprenden Masa, el Valle de Sedano, la Lora y la Pata del Cid, mientras que en Palencia, ocupan el término municipal de Pomar de Valdivia y parte del de Aguilar de Campoó.

Pues bien, de nuevo aquí vuelve a tener sentido el argumento que acabamos de esgrimir sobre la plasticidad de la trashumancia: en esta zona no ha existido nunca este sistema ganadero, pero ha tenido que inventarse recientemente como respuesta a las condiciones del mercado.

Como es bien sabido, desde hace decenios en Castilla —y especialmente en sus comarcas menos favorecidas— el éxodo rural y, más recientemente, la Política Agraria Comunitaria (PAC), han impulsado una importante corriente de abandono de los cultivos marginales y se incentiva su sustitución por otros usos, especialmente, por los forestales. Ello ha dado lugar a una creciente disponibilidad de recursos pastables, que permanecen en muchos casos subutilizados, a la espera de un uso más rentable.

Para los autores del Cuaderno n.º 17 el primer arriendo de los páramos por ganaderos trashumantes del que se tiene constancia data de 1976. Y en los últimos años, ha crecido la demanda aunque su número, es aún muy pequeño, en relación a las disponibilidades de espacio, reduciéndose a unas 4.000 ovejas y una vacada de 170 cabezas.

Como se ha señalado los pastos no solo están infrautilizados, sino que, incluso, en algunas Juntas Vecinales no se les concede valor económico alguno. La cabaña local de ovejas y cabras es pequeña (unas 11 cabezas de ovino y caprino por Km² en una superficie total de 1.900 Km².), de manera que la caza ha llegado a ser su aprovechamiento más lucrativo. Y aunque las condiciones administrativas de concesión difieren en ambas provincias, lo cierto es que, en general, se adjudican por poco dinero, razón por la que a los vecinos les resulta rentable subarrendarlos si la oportunidad se presenta. Y esto es precisamente lo que ha ocurrido con la llegada de los trashumantes. Que huyendo estos de los precios más altos de los puertos de Palencia y León han encontrado aquí extensos eriales mucho más baratos. Ciertamente son de peor calidad que aquellos, pero el período de aprovechamiento es muy superior (desde julio hasta finales de diciembre si el tiempo lo permite), y pueden recurrir, además, al uso de las rastrojeras cuando éstas no son consumidas por el ganado local. Tienen sin embargo el

inconveniente de la escasez de agua que en ocasiones genera problemas de explotación.

Los rebaños proceden de Salamanca y, sobre todo, de Cáceres y utilizan el camión como modo de desplazamiento. Se trata de pequeñas piaras apacentadas generalmente por su propietario y un zagal, aunque no faltan tampoco los casos de pastores contratados, sin demasiada experiencia. Pero en conjunto estamos ante «una nueva opción» con posibilidades a medio plazo si es que los precios no se disparan por efecto de la creciente demanda. Bajas densidades de población y parca utilización agrícola del suelo han sido, como antaño, dos de los factores que han conducido a esta reinvención de un ancestral sistema de aprovechamiento ganadero que se resiste a morir.

E. PASIEGOS DE LAS MOTAÑAS DE BURGOS

En principio los pasiegos nada tienen que ver con la trashumancia tradicional. Pero han desarrollado una peculiar cultura pastoril (con similitudes con la de los vaqueiros de alzada asturianos o con la practicada en algunas zonas de los Alpes), a la que merece la pena dedicar un poco de atención.

Hace bastante tiempo ya que J. ORTEGA VALCÁRCCEL en un libro magistral —que resiste incólume el paso de los años—, nos explicó y aclaró el origen y fundamentos de esta peculiar economía ganadera actualmente envuelta en un declive quizás irremediable¹⁷.

La pasieguería nació y se consolidó durante los siglos xv y xvi, muy posiblemente, por efecto de la presión demográfica de aquellos tiempos y como negación de la ganadería extensiva —y privilegiada (*Privilegio de pastos* concedido por Enrique III a los Monteros de Espinosa)— vinculada a los usos colectivos y comunales propios de la agricultura tradicional. Fue, pues, desde sus orígenes, una ganadería individualista, privada, centrada en torno a la cabaña, el prado cultivado y cercado de pared, y la vaca autóctona pasiega, que dio origen a un hábitat disperso que aún nos sorprende al contemplar el paisaje de *bocage* de los valles de la cabecera del Trueba (Trueba, Rioseco, Lunada y Lasía) y que, paradójicamente, terminó convirtiéndose en fuente de inspiración para la modernización y especialización ganadera experimentada por toda la región durante la segunda mitad del siglo pasado.

¹⁷ ORTEGA VALCARCEL, J. (1974): La transformación de un espacio rural: las Montañas de Burgos. Univ. de Valladolid. Valladolid. págs. 179-184; 305-307; 320-322; 343-344 y 378-383.

En lo fundamental, este original tipo de apacentamiento pecuario está basado en los desplazamientos estacionales de ganaderos y ganado desde los pastos de invierno situados en los fondos de los valles a los pastos altos de verano localizados en las *veranizas* o *brañas*.

La cabaña-establo (pues el ganado permanece estabulado) es el centro de gravedad de este sistema de explotación. Pero los ganaderos disponen de cabañas de invierno localizadas en los fondos de valle (*cabañas vividoras*), y de cabañas localizadas en las zonas más altas denominadas *branizas*, a las que se desplazan durante el buen tiempo con toda su familia. Las branizas se utilizan tanto en abril, tras el deshielo, como en otoño y, como señalan los autores del Cuaderno n.º 17 suelen estar acompañadas de unos cuantos pies de fresno (*Fraxinus excelsior*) que los vaqueros podan en otoño —y esto no es exclusivo de la pasieguería— para dar un complemento de pienso a los animales cuando escasean las hierbas.

El aprovechamiento de los pastos se lleva a cabo de dos maneras: «por una parte estercolan intensamente sus prados, y por otro queman los pastizales degradados. La quema de rodales de árgomas y brezos, generalmente hacia enero, hace que la floración se diversifique y prolongue todo el año»¹⁸.

El objetivo final del sistema era la producción de leche y mantequilla en una época en la que la ganadería de su entorno regional se centraba en el ganado de labor y de carne, en el ovino y en la cría de yeguas de vientre para la obtención de mulas que entonces tenían muy buen mercado.

Pero a partir de la segunda mitad del siglo xx, las Montañas de Burgos han experimentado una profunda transformación y especialización productiva que ha tenido como factor desencadenante y dinamizador la demanda generada por un núcleo urbano bastante cercano: el Gran Bilbao.

Con ella y bajo el impulso expansivo de prados y cultivos forrajeros, retrocedió el terrón cerealista, entraron en declive las razas bovinas locales de labor, la pasiega y la equina autóctona (losina), dejando expedito el paso a la explotación intensiva de ganado vacuno de origen alóctono (razas frisona, pardo-alpina, etc.) para la producción de leche.

Curiosamente fue entonces cuando los pasiegos abandonaron esta línea productiva —y a la propia raza pasiega, que ha terminado por desaparecer—, que había sido durante tanto tiempo su especialidad, para dedicarse a la *recría* de ganado de leche (de raza holandesa o frisona), para abastecer la demanda del mercado local entonces en rápida expansión.

¹⁸ Cuaderno n.º 17, págs. 34-36.

En nuestros días, la base económica de los pasiegos sigue siendo la ganadería, basada en los forrajes de las praderías y en el aprovechamiento de los pastos de los montes. Pero la raza frisona, pasta mal en estos terrenos accidentados y la explotación depende cada vez más de los piensos almacenados durante el buen tiempo en las cabañas.

Un indicador relativamente fiable para evaluar la evolución y las perspectivas de futuro de este singular grupo ganadero puede ser la contabilización del número de cabañas existentes.

Evolución del número de cabañas en la zona pasiega burgalesa

	1860	1900	1965	1993
La Sía	352	369	386	333
Lunada	254	256	226	145
Ríoseco	146	152	182	140
Trueba	233	295	308	228
Dispersas *	10	72	66	170
Montija	—	—	12	—
TOTALES	995	1.144	1.180	1.016

* 14 en Bárcenas, 98 en Salcedillo, 27 en Las Nieves, 31 dispersas.

Fuente: J. ORTEGA (1974) y Cuaderno n.º 17.

Las cifras no hacen sino respaldar la opinión de los autores del Cuaderno para quienes «Actualmente es posible observar un gran número de cabañas abandonadas, con sus prados anexos invadidos por el brezal»¹⁹. Y ello puede querer decir que nos hallamos ante el declive (¿definitivo?), de este interesantísimo género de vida ganadero que cuenta ya con medio milenio de tradición a sus espaldas.

F. EL SISTEMA IBÉRICO

Evidentemente resulta innecesario insistir en la importancia que la trashumancia ha tenido en la historia del Sistema Ibérico septentrional y, más precisamente, en la Tierra de Soria. Todo el mundo conoce las famosas palabras de Manuel del Río —ganadero de estirpe ganadera— sobre la antigüe-

¹⁹ Cuaderno n.º 17, pág. 35.

dad de estas prácticas en aquellas tierras y el merecido privilegio de los mes-
teños sorianos de ocupar la diestra del presidente del Honrado Concejo. Ade-
más, un grupo de inteligentes y rigurosos historiadores —DIAGO HERNANDO,
DÍEZ SANZ y PÉREZ ROMERO²⁰— se ha encargado, durante los últimos años,
de reconstruir la historia de estas actividades en la Tierra de Soria desde los
tiempos medievales hasta su crisis durante el XIX y de deshacer numerosos
tópicos tejidos por la historiografía romántica y por el más clásico de los his-
toriadores de la Mesta.

Hoy sabemos ya bastantes cosas sobre la importancia numérica de la
cabaña soriana durante el Antiguo Régimen y se ha aclarado el verdadero
significado de la abundancia de pequeños ganaderos, en otro tiempo esgrimi-
da como argumento sobre la naturaleza democrática del gremio ganadero.
Del *Memorial de concordia entre la Mesta y Extremadura* (1783) se deduce,
por ejemplo, que el partido de Soria, que contaba con el 41,4% de los gana-
deros trashumantes, sólo reunía el 25,1% de las cabezas. Pero la investiga-
ción ha dado un paso más y ha demostrado que la inmensa mayoría de ellos
eran simples pastores al servicio de una oligarquía ganadera que rigió, duran-
te siglos, el destino económico y social de aquellas tierras.

A mediados del siglo XVIII, esta oligarquía nobiliaria urbana reunía solo al
3% de los ganaderos, pero controlaba el 58% de las cabezas de ganado; mien-
tras que un 88% de los propietarios sólo poseía el 13% de las bestias. Básica-
mente, se trataba de las excusas de los pastores.

Además —y esto es fundamental—, la agricultura era un sector clara-
mente subordinado a la ganadería trashumante. La oligarquía controlaba su
funcionamiento, políticamente, a través del gobierno de la Comunidad de
Villa y Tierra; y, de manera práctica, mediante la instrumentalización, en su
propio provecho, de los bienes comunales que, paulatinamente, fueron vacia-
dos de su prístino contenido igualitario. Las posibilidades de crecimiento
agrícola estaban, por consiguiente, «bloqueadas» por ellos. Muchas dehesas

²⁰ Véanse:

DIAGO HERNANDO, M. (1987). La ciudad y la Tierra de Soria en la Baja Edad Media. Tesis doctoral.

DIAGO HERNANDO, M. (1990). Aprovechamientos de baldíos y comunales en la Extremadura soriana a fines de la Edad Media. An. de Est. Med., 20. págs. 413-435.

DÍEZ SANZ, E. (1995): La Tierra de Soria. Un universo campesino en la Castilla oriental del siglo XVI. Siglo XXI. Madrid.

PÉREZ ROMERO, E. (1995). Patrimonios comunales, ganadería trashumante y sociedad en la Tierra de Soria, siglos XVIII y XIX. Junta de Cast. y León. Valladolid.

PÉREZ ROMERO, E. (1998). La trashumancia y sus repercusiones económicas y sociales en zonas de agostadero: el caso de la Tierra de Soria en el siglo XVIII. (En: Mesta, trashumancia y lana... págs. 198-230). Crítica, Barcelona.

boyales y la mayoría de las rastrojeras formaban parte ya, en el siglo XVIII —mediante arriendos—, de los «agostaderos» de merinas. Se había desvirtuado la función de la «derrota de las mieses», en perjuicio de los ganados estantes e, incluso, del ganado de labor; pero los pueblos se veían abocados a arrendarlos para salir de sus apuros financieros (sobre todo fiscales).

En resumen, como ha señalado PÉREZ ROMERO, los bienes comunales fuera del alcance de la reja del arado y las reglas que ajustaban su funcionamiento, ponían a disposición de los grandes ganaderos enormes superficies de pasto y un excedente de mano de obra entre el que se reclutaba a los pastores.

Pero el escenario descrito se vio sometido a fuertes tensiones durante la segunda mitad de aquél siglo debido, básicamente, al doble crecimiento de la población y del ganado trashumante. Por una parte, el crecimiento demográfico intensificó la presión roturadora sobre el suelo, sobre los baldíos. Por la otra, el crecimiento ganadero suponía un incremento de la demanda de pastos y la negativa de los ganaderos mesteños a permitir las roturaciones, defendiendo los estrictos usos tradicionales. El enfrentamiento estaba servido. Y a largo plazo, el resultado del conflicto fue la paulatina derrota de los nobles trashumantes, que se inició con la actitud crítica de los gobernantes ilustrados y culminó, ya en el siglo XIX, con la crisis generalizada de la trashumancia a la que, evidentemente, coadyuvaban nuevos factores, algunos de ellos de carácter exógeno.

La crisis del Antiguo Régimen trajo graves consecuencias para la Tierra de Soria: primero, la ruina de la trashumancia y, a más largo plazo, la desaparición de la carretería. La Reforma Agraria Liberal y la desamortización propiciaron las tendencias particularistas de los pueblos e individualistas de los campesinos y todo ello cuestionó los principios básicos del comunitarismo iniciándose una profunda erosión del patrimonio común.

Como alternativa a la trashumancia primero se potenció la agricultura basada en las roturaciones y a costa de los pastos. La fiebre roturadora fue intensa durante la primera mitad del XIX y se vio favorecida por la desamortización, después. Ésta consolidó una estructura de la propiedad que hacía inviable la modernización de las explotaciones (amplió la pequeña propiedad). Las opciones eran muy escasas y pronto se desató la emigración. Primero en busca de trabajos estacionales «lejos del hogar»; posteriormente hacia Europa y América.

Pero se salvaron la mayoría de las dehesas y buena parte de los montes: la madera, pues, se convertirá con el paso del tiempo, y no sin violentas resistencias y fricciones populares, en otra alternativa para los pueblos de la Sierra.

La presión sobre los bosques se había iniciado en el XVIII de la mano de roturadores y ganaderos; pero durante el XIX el control del estado se fue inmiscuyendo entre los bienes concejiles y los campesinos, y ello desencadenó una respuesta violenta (en la que terminó interviniendo el ejército) que se plasmó en la destrucción e incendio de las masas forestales, además de las talas incontroladas como recurso para paliar la miseria. Pero durante el siglo XX la buena salida de la madera en los mercados fue convirtiéndose en una solución factible especialmente para los pueblos serranos, antes dedicados a la carretería.

La política forestal, puesta en marcha por el estado en la posguerra civil indujo, durante dos décadas, un importante desarrollo de las explotaciones madereras en la zona. Por una parte se convirtió en una fuente de demanda de trabajo; y, por otra, los altos precios de la madera alimentaron una saneada fuente de ingresos para los pueblos. Claro que la crisis de finales de los sesenta, se encargó de cerrar esta nueva oportunidad para el agro soriano.

Tornemos, pues, a la crisis de la trashumancia. A mediados del siglo XIX en muchos pueblos serranos la pastoría era ya cosa del pasado, aunque en otros como Neila o Valdelaguna (Burgos), seguían existiendo cabañas que oscilaban entre las 20 y las 40.000 cabezas. ABELLÁN estimó que, a finales del siglo XIX todavía trashumaban en la zona más de 80.000 ovejas. Y Miralbés Bedera cita una cifra semejante para 1950. Incluso en una fecha tan reciente como 1979, se cifraron en 65.000 las ovejas transportadas en ferrocarril ²¹.

De lo anterior se deduce que, si bien es difícil negar la evidencia de la crisis, lo cierto es que la práctica pastoril tradicional no desapareció repentinamente y por completo pues, como se detecta también en otros lugares, experimentó episódicos renacimientos en algunas coyunturas concretas. Por otro lado, aunque la zona dedicada a estas actividades ha quedado reducida en la actualidad, prácticamente, al solar soriano, aún existen ganaderos que persisten en el viejo negocio trashumante y trasterminante.

La actividad se centra en torno a Oncala (La Poveda, Sta. Cruz de Yanguas, Villar del Río, San Pedro Manrique, Almarza, etc.), y los lugares de destino del ganado durante el invierno siguen siendo los pastizales extremeños, el Valle de Alcudia (Ciudad Real) y Los Pedroches (Córdoba).

²¹ Véase:

MIRALBES BEDERA, M. R. (1954). La trashumancia soriana en el momento actual. (Contribución al estudio de la trashumancia castellana). Est. Geo. vol. XV, n.º 56. Madrid.

ABELLÁN GARCÍA, A. & OLIVERA POLL, A. (1979). La trashumancia por ferrocarril en España. Est. Geo.

Predomina en la cabaña el ganado lanar de raza originariamente merina aunque ya cruzada («entrefina», para los pastores locales) y el producto que se comercializa, como fácilmente puede suponerse, es la carne, el cordero, no la lana. Pero resulta muy interesante constatar que, recientemente, comienza a detectarse también, entre los trashumantes, la presencia de ganado vacuno. No se trata de las antiguas razas locales de tiro, que virtualmente han desaparecido, sino de cruces con ganado charolés o avileño aunque este último ensayo no está dando los resultados esperados.

Los autores del Cuaderno²² han dibujado el panorama trashumante de estas sierras, al filo de los noventa, en los siguientes términos: existían 46 rebaños de ovejas y 2 vacadas, —de las que 43 eran sorianas— que, en conjunto, totalizaban 44.630 ovejas (36.880 sorianas), 1.278 cabras, 648 cabezas de vacuno y 133 de equino. Y los rebaños —a menudo copropiedad de varios familiares— oscilaban en torno a las 300 cabezas como promedio, aunque alguno llegaba a superar las 3.000.

Y a lo anterior es preciso añadir la pervivencia, en las comarcas de Ólvega y Yanguas de 15 rebaños trasterminantes compuestos por 9.873 ovejas que se desplazan todos los años hacia Aragón, La Rioja y Navarra.

Por lo que atañe a los traslados del ganado, es bien conocida la disponibilidad de cañadas en la zona. Nada menos que tres de ellas (la Segoviana, la Soriana Occidental y la Soriana Oriental) tienen su origen precisamente en estas tierras. Y su estado de conservación no es demasiado malo en los tramos de cabecera. Pero de hecho los desplazamientos hasta las dehesas ya no se hacen a pie (al parecer el último caso conocido data de 1971) y los tramos utilizados son los que conducen hasta las estaciones de embarque, porque el ferrocarril —que comenzó a usarse en esta zona allá por los años veinte— es el modo de desplazamiento más generalizado.

Para los ganaderos el problema de la alimentación de sus rebaños, es decir, los pastizales, se plantea más agudamente en las dehesas que en los lugares de origen. Los pueblos de las sierras ibéricas sorianas disponen de abundantes eriales y montes comunales o mancomunados cuyo disfrute es gratuito para los vecinos; y en los casos de los bienes de propios y montes de utilidad pública, aunque son preceptivas las subastas, de hecho los remates suelen cerrarse a precios bajos.

No ocurre lo mismo en las dehesas de invernada extremeñas, de Ciudad Real y de Córdoba. Muchas de ellas hace tiempo ya que se dedican al lucra-

²² Cuaderno n.º 4, pág. 21.

tivo negocio cinegético, con lo que paulatinamente se ha venido reduciendo la oferta de pastos. Pero es que, además, a las ovejas les han surgido nuevos competidores en los últimos tiempos: el ganado vacuno. De este modo, la disminución de oferta de espacios y el aumento en la demanda de las hierbas se han concitado para disparar los precios y para mermar, en consecuencia, los beneficios de los ganaderos.

De hecho, como vimos que sucedía en otros espacios ya estudiados, los costes vienen a igualar a los ingresos comerciales y los ganaderos trabajan casi en el límite de beneficios que, en esta ocasión, también equivalen a las primas y ayudas recibidas de la administración (FEOGA). Para los trashumantes sorianos la prima ascendió en 1989 a 2.349 ptas. por oveja de cría. En tales circunstancias no puede decirse que el negocio trashumante goce de muy buena salud. Y, por consiguiente, su futuro no se presenta demasiado halagüeño. Las soluciones —si es que existen—, pueden venir por la vía de la reducción de costes y el incremento de la productividad, para lo cual los ganaderos sorianos comienzan a plantearse el recurso —no muy frecuente en este sector— del cooperativismo. Y también, claro, por una comercialización más incisiva.

G. EL SISTEMA CENTRAL

Si, como acabamos de ver, la trashumancia soriana jugó durante el Antiguo Régimen un importante papel en el conjunto del país, no es menos cierto que en las sierras que se extienden desde Ayllón a Gata y, especialmente, en el Guadarrama segoviano, se hallaba el centro lanero y exportador por excelencia de la Corona de Castilla. La importancia de Ávila y de Salamanca era desde luego menor y, además, nos es peor conocida. Pero sobre el caso segoviano disponemos de excelentes trabajos de investigación que han dibujado con maestría la grandeza y el ocaso de esta industria de alcance y dimensión internacionales²³.

También aquí nos encontramos ante una poderosa oligarquía ganadera, avecindada sobre todo en la ciudad y aglutinada en torno a la Junta de Nobles Linajes, que controlaba el ayuntamiento y que formaba parte del Honrado Concejo de la Mesta. Una idea del alcance y de la cuantía de su riqueza nos la proporciona el hecho de que a mediados del siglo XVIII, por ejemplo, entre catorce hacendados poseían más de 140.000 cabezas que venían a ser la quinta parte de la cabaña lanar segoviana.

Como ya vimos, en los agostaderos y alijares de la sierra, auténtica encrucijada de cañadas, disponían de sus esquiladeros (o esquileros) a los que acu-

²³ GARCÍA SANZ, A. op. Cit. Nota 7.

dían, además, los ganados de otros propietarios y, especialmente, los de Madrid. Aquí se esquilaba al «estilo segoviano», separando y apilando la lana según los distintos tipos y procedencias de la fibra del animal, garantía para los compradores de su inmejorable calidad.

No obstante, y a diferencia de otros territorios de afamada tradición trashumante y mesteña, esta oligarquía no bloqueó el desarrollo económico de la ciudad que, desde finales del siglo xv, destacó por el volumen y solvencia de su comercio y por la pujanza de su industria.

Habitualmente, no eran los ganaderos quienes comercializaban y exportaban los vellones, sino los «lanistas» que, bien a título particular, bien constituyendo compañías —como la de Sebastián Suárez de la Concha en el siglo xvi, por ejemplo— se encargaban del lavado, del transporte y de las intrincadas operaciones mercantiles en los mercados europeos. Aunque durante el siglo xviii algunos grandes empresarios como Laureano Ortiz de Paz, reunieran en su persona la triple condición de importante ganadero, empresario textil y exportador de lanas.

Frente a la creencia de algunos, poca era la lana fina consumida por la industria local. Apenas el 15% a finales del siglo xviii. Y procedía, además, de las pequeñas piaras de los pueblos aledaños y de Ávila. Sin embargo, de los esquilos segovianos partía nada menos que la tercera parte de las exportaciones totales españolas.

Todo este negocio estaba edificado sobre el vigor de una cabaña trashumante que, muy posiblemente, dobló sus efectivos entre finales del siglo xvi y mediados del xviii como parece desprenderse de los datos censales disponibles y, especialmente, de la evolución de los diezmos ganaderos de algunos pueblos, como Villacastín. Pero da la impresión de que a partir del cenit que dibuja el conocido Catastro del Marqués de la Ensenada —y, para ser más precisos, algunos años después— se inició un declive que ya era notorio en 1799 y que se acentuó definitivamente durante el primer tercio del siglo xix.

A ello contribuyeron, evidentemente, varias causas. Internas unas, como la imparable presión roturadora o la guerra contra el francés; pero también externas como las perturbaciones de los mercados extranjeros —especialmente el británico— o la competencia de las ovejas sajonas cuyas lanas finas desplazaron a nuestros vellones. A. GARCÍA SANZ nos ha ilustrado sobre las tribulaciones y la ruina de algunos ganaderos segovianos —como el marqués de Lozoya D. Domingo Contreras²⁴—, muchos de los cuales se deshicieron

²⁴ GARCÍA SANZ, A. (1983). Las tribulaciones de un noble castellano en la crisis del Antiguo Régimen: don Luis Domingo Contreras y Escobar V Marqués de Lozoya (1779-1839). En H.^a Ec. y pensamiento social. Est. en homenaje a D. Mateo Peral. Alianza. Madrid.

entonces de sus rebaños. No obstante, quienes lograron capear las dificultades y sobrevivir hasta la década de los treinta, en la que los precios volvieron a subir, continuaron con esta industria durante todo el siglo XIX.

Una ojeada a las cifras del cuadro que figura a continuación, nos permite hacernos una idea de la posible evolución de la cabaña trashumante en el Sistema Central prácticamente hasta nuestros días, tal como nos la presentan los autores del Cuaderno n.º 21:

Evolución del ganado ovino trashumante en el sistema central

	1751	1865	1891	1994
Segovia	244.763	94.271	55.437	15.030
Salamanca	—	38.071	95.738	5.800
Ávila	96.846	154.331	94.943	34.258
TOTAL		286.673	246.118	55.028

Fuente: Cuaderno n.º 21, pág. 33.

A pesar de lo incompleto de los datos y de su dudosa fiabilidad en algunas de las fechas consideradas, sí parecen perfilarse unas cuantas tendencias dignas de consideración. La primera de ellas es, naturalmente, la constatación de que la magnitud que la cabaña tenía durante el Siglo de las Luces no ha vuelto a ser alcanzada con posterioridad y que, por consiguiente, desde entonces se asiste a una lenta pero imparable decadencia. La segunda —y con las reservas con las que debe de leerse el censo ganadero de 1865—, es la sorprendente vitalidad que se registra en las cabañas abulense y salmantina durante el siglo XIX. En fin, la tercera, es la comprobación de que la trashumancia en las sierras salmantinas ha tenido normalmente una importancia menor.

Pero, a pesar de lo expuesto, en nuestros días el panorama trashumante de las sierras centrales sigue siendo muy rico, complejo y dotado de gran vitalidad. Hasta el punto de que conviene considerar, por una parte, al ganado ovino y caprino, que desarrollan tanto la trashumancia tradicional a larga distancia, como diversas modalidades de trasterminancia. Y, por otra, al ganado vacuno, en especial el gredense, que en los últimos tiempos se ha incorporado con singular pujanza a este sistema de explotación como más adelante podremos comprobar.

La trashumancia del ganado ovino y cabrío

Por lo que atañe a la trashumancia conviene advertir, desde el comienzo, sobre la importancia que en esta zona —y especialmente en Ávila— posee el ganado cabrío a diferencia de las otras comarcas serranas a las que nos hemos referido ya. Evidentemente, como en otros lugares, predomina el ganado lanar. Pero la participación de las cabras añade una nota más de complejidad y riqueza a la trashumancia en el Sistema Central.

El censo ovino trashumante se evalúa en unas 70.000 cabezas, en general de raza entrefina, aunque quedan aún, sobre todo en Segovia (Prádena y Matabuena), algunos rebaños bastante puros de merina. Y junto a ellas se han contabilizado, con alguna reserva, hasta 20 cabradas compuestas por más de 7.500 animales.

Los agostaderos están localizados en los pueblos serranos de las tres provincias y resulta difícil hacer generalizaciones sobre su titularidad patrimonial, porque junto a los predios comunales gratuitos se utilizan también otros de propiedad privada o colectiva (sociedades); y, además, en ocasiones, las hierbas de los eriales se complementan con las pajas de las rastrojeras que son sacadas a subasta por las Juntas locales de Ordenación de Pastos. De manera que por lo que atañe a esta partida de los costes, las situaciones son bastante heterogéneas.

Y en cuanto a las zonas de invernada, los autores del Cuaderno n.º 21 han comprobado que los rebaños «se reparten entre las provincias de Cáceres (67%), Ciudad Real (16%), Madrid (13%) y Toledo (3,6%), y las de caprino entre las de Toledo (47,8%), Cáceres (13,3%) y Madrid (20,8%)»²⁵.

La opinión de los ganaderos coincide en que, en general, se trata de pastos escasos, caros y deficientemente acondicionados para su explotación. Y ello, porque, como ya comentábamos al referirnos a la trashumancia soriana, la posibilidad de dedicarlos a usos alternativos (sobre todo cinegéticos), y el incremento de la demanda por la reciente incorporación del ganado vacuno, empuja los precios hacia arriba.

A las dificultades mencionadas hay que añadir las que derivan del mal estado de las vías pecuarias en muchas ocasiones intransitables. Y ello no deja de ser una paradoja porque, como es bien sabido, pocas zonas hay en la península con una densidad cañariega como la del Sistema Central. Cinco cañadas (la Segoviana, las dos Leonesas, la de la Plata y la Soriana Occiden-

²⁵ Cuaderno n.º 21, pág. 45.

tal o de la vera de la sierra) y varios importantes cordeles (el de Santillana, el del Valle y el llamado Cordel de Merinas) confluyen en la zona, pero tan alterados e intrusados por la incuria pública y la codicia particular, que resultan inutilizables en muchos de sus tramos, aunque no en todos.

No obstante, la tenaz perseverancia trashumante y, en otras ocasiones, la escasa longitud de los itinerarios (algunos de 3 o 4 días) posibilitan que, como han constatado los autores del Cuaderno n.º 21, todavía se desplacen a pie 12.000 ovejas trashumantes, 30.000 trasterminantes y algo más de 5.000 cabras.

El uso del ferrocarril ya ha periclitado y el camión ocupa ahora su lugar aunque es más caro y menos cómodo para el ganado; a pesar de lo cual no menos de 50.000 ovejas lo utilizan cada año en su trasiego.

La trasterminancia

Además del movimiento trashumante que se dirige hacia los invernaderos de Extremadura, Ciudad Real, Madrid o Toledo, se practican en el Sistema Central otros desplazamientos ganaderos de más corto recorrido y generalmente de más breve duración. Nos referimos, claro, a la trasterminancia que adopta aquí diversas modalidades de ámbito local, enraizadas en tradiciones más o menos antiguas, y de importancia numérica muy desigual²⁶.

La más importante, con mucho, es la que conduce a unas 30.000 ovejas desde las sierras de Ávila y Salamanca hasta las rastrojeras de La Armuña. El camino se hace a pie durante cuatro días como máximo y por las vías pecuarias cuando están expeditas. Otros desplazamientos tienen lugar buscando en invierno el tibio clima de la «Andalucía de Ávila». Más de 3.000 ovejas y 1.500 cabras descienden desde las alturas de Gredos hasta Arenas de San Pedro, Candeleda y El Tiemblo.

En algún pueblo de Segovia, sigue viva una singular costumbre impuesta por los cultivadores cerealistas y consagrada por las ordenanzas municipales a la que denominan «destierro». Y así, como nos relatan los autores del Cuaderno 21, en Escarabajosa de Cabezas «Toda ganadería lanar ha de salir del término en dos épocas: del 25 de abril al 19 de mayo, y del 14 de junio al 14 de»²⁷.

Finalmente, hay que considerar la servidumbre de pastos que aún pesa sobre los montes de San Ildefonso o La Granja derivada de las condiciones

²⁶ Cuaderno n.º 21, págs. 49-54.

²⁷ Cuaderno n.º 21, pág. 51.

pactadas entre Carlos III y la Comunidad de Ciudad y Tierra de Segovia cuando el rey procedió a la adquisición del pinar y matas de Valsaín. Desde entonces y procedentes de los pueblos cercanos, todos los años llegan unas 9.000 cabezas de ganado vacuno y lanar para aprovechar las hierbas que crecen en el pinar y el melojar.

A la vista de lo expuesto cabe preguntarse, para terminar, con qué problemas se enfrentan y qué futuro cabe esperar, para todos estos esfuerzos desplegados por los ganaderos serranos. Y las respuestas no pueden ser demasiado optimistas sobre todo por lo que respecta al ganado lanar. Como en la mayor parte de los casos analizados hasta aquí, se tropieza siempre con un problema clave: la escasa rentabilidad de este tipo de explotaciones. Una vez más, los costes de producción igualan, prácticamente, a los ingresos comerciales logrados con la venta de la carne. De manera que el beneficio casi equivale al monto de las subvenciones percibidas por el ganadero. Pero las primas están sujetas a las veleidades de la política agraria y no pueden ser un pilar fiable que garantice la supervivencia de estos ganaderos.

	Ovino	Caprino
Venta de la cría	7.500	5.400
Otros	620	9.000
Prima	5.000	3.000
Total ingresos	13.120	17.400
Gastos	6.460	4.560
Beneficio	6.660	13.000
Prima en % de beneficios	75,1	23,1

Fuente: Cuaderno n.º 21, págs. 72-73.

Claro que esto no ocurre en el caso del ganado cabrío, en el que los ingresos por cuenta de la venta de la leche bastarían por sí mismos para remunerar los afanes del pastor. ¿Serán sustituidas en un futuro las ovejas por las cabras? No parece probable. El ganado cabrío exige condiciones distintas en el manejo y en el tipo de explotación. Desde luego puede aumentar el número de cabradas actualmente existentes, pero las ovejas trashumantes y trasterminantes simplemente desaparecerán cuando cesen las subvenciones y las primas. Y su lugar será ocupado —en los casos en los que sea esto posible— por el ganado vacuno, como de hecho viene sucediendo ya desde hace algunos años.

Gredos y la eclosión de la trashumancia del ganado vacuno

La trashumancia de ganado vacuno desde Gredos a Extremadura es un fenómeno reciente y de sumo interés que merece la pena estudiarse por bastantes razones.

En primer lugar, se trata de un proceso que ha de ser contemplado en el contexto general de la región —o del país—, dónde, como hemos visto ya —y es todo un síntoma—, cada vez resulta más frecuente la incorporación de la especie bovina a este régimen de explotación ganadera. En segundo término porque estamos ante un relevo histórico: el desplazamiento del ganado lanar tradicional y mayoritariamente asociado a la trashumancia, con las implicaciones y repercusiones que sobre el manejo del ganado, la calidad de las hierbas, y sobre los productos obtenidos ello tiene necesariamente. En tercer lugar por la cuantía de los efectivos implicados y la creciente amplitud de la zona afectada. Y, en fin, porque el fenómeno puede ser interpretado como avanzadilla de una tendencia emergente que puede consolidarse y generalizarse en un próximo futuro.

Todas ellas son cuestiones que de alguna manera se plantean e intentan contestar los autores del Cuaderno n.º 1, pero que, obviamente, precisarían de estudios más amplios y de mucho más espacio para recibir una adecuada explicación. Limitémonos, pues, a describir sumariamente el fenómeno de la mano de los resultados de la encuesta.

¿Porqué razón se ha puesto en marcha esta novedosa alternativa? Evidentemente la más general probablemente sea el cambio de las condiciones del mercado. Se trata de producir carne y, como ya hemos podido comprobar, los corderos —primera opción ensayada por la vieja trashumancia— no resultan demasiado rentables ni tienen visos de serlo a medio plazo, sobre todo si cambia la política agraria de incentivos a la producción promovida por la Unión Europea. Pero esto no basta. Además se precisa disponer de una alternativa eficiente para producir dicha carne. Y esta alternativa se ha encontrado en la vieja vaca negra avileña, raza rústica y frugal dónde las haya, cuyas verdaderas potencialidades comienzan a ser redescubiertas y apreciadas ahora, después de decenios de silencio y olvido en los que muchas de nuestras razas autóctonas más afamadas han sucumbido definitivamente.

Un nuevo e importante factor radica en la disponibilidad de pastos espontáneos, estrechamente relacionada con los costes de producción que soporta el ganadero. Y ya sabemos que en una agricultura mediterránea como la nuestra, la alimentación del ganado estabulado resulta demasiado cara. Sin embargo, la pervivencia de formas de propiedad comunitarias tradicionales, el declive secular de la trashumancia del ganado lanar, y el abandono de los

cultivos marginales en las áreas de montaña, han generado un excedente de pastos a precios por ahora razonables.

Pero ¿porqué el régimen de trashumancia completa? Los autores del Cuaderno n.º 1 nos lo explican con claridad: los altos precios del transporte en camión, las virtudes andariegas de la raza avileña, la densidad y relativo buen estado de las cañadas en esta zona y las pequeñas distancias existentes entre agostaderos e invernaderos, parecen las claves básicas que sustentan la pervivencia de los desplazamientos al más puro y viejo estilo trashumante.

Pasemos, pues, a la envergadura del proceso. ¿Cuánto ganado trashuma? Distribuidas por especies y puertos de paso, las cifras disponibles son como sigue:

Censo de ganado trashumante durante la campaña de 1990

	Vacuno		Ovino		Caprino		Equino
	Cabezas	Rebaños	Cabezas	Rebaños	Cabezas	Rebaños	Cabezas
Pto. del Pico	16.473	95	4.260	7	3.359	9	237
Tornavacas	8.576	66	3.450	6	4.420	8	90
Béjar	4.424	37	—	—	1.152	3	75
TOTAL	29.473	198	7.710	13	8.931	20	402

Fuente: Cuaderno n.º 21, pág. 29.

Los números hablan por sí solos. El ganado vacuno es, con mucho, el contingente más significativo de este trasiego ganadero. Y, además, en sus desplazamientos utiliza preferentemente el Puerto del Pico. Por otro lado, no hay que perder de vista, tampoco, la importancia del ganado cabrío y, en general, la heterogeneidad del proceso, en el que participan también el ovino y caballar. El panorama que refleja el cuadro tiene tintes que evocan lo que en tiempos pretéritos debieron de ser estas migraciones estacionales del ganado en tiempos medievales, pero presenta el novedoso rasgo del abrumador predominio del vacuno.

Por lo que se refiere al área geográfica estudiada, los autores del Cuaderno han limitado sus pesquisas «a las zonas de agostada de los rebaños trashumantes (nueve municipios abulenses) que realizan sus desplazamientos principalmente por la Ruta de la Plata, las Cañadas Reales Leonesa Occidental y Soriana Occidental, y el Cordel de Tornavacas. Son estas rutas las que absorben la práctica totalidad del tránsito de ganado a pie hacia el Sistema Central, canalizado a través de tres importantes pasos montañosos: Puerto del

Pico (Ávila), Puerto de Tornavacas (Cáceres) y Puertos de La Garganta y de Lagunilla (Salamanca)»²⁸. Pero nos advierten también que el fenómeno tiene bases más amplias abarcando igualmente a otros municipios del Valle de Amblés y de la Sierra de Ávila.

Sería prolijo presentar aquí en detalle la localización de las zonas de agostada y de invernada según la procedencia de los rebaños y los pasos utilizados por el ganado para llevar a cabo los desplazamientos, como hacen los autores de la encuesta. Bástenos, pues, con señalar que, en general, los veranaderos están situados en la vertiente norte de Gredos, en las sierras de Candelario y Béjar y en el Valle del Jerte, mientras que las dehesas de invernada se distribuyen por Cáceres, Badajoz, Toledo y la vertiente sur de la propia provincia de Ávila (Arenas de San Pedro) destacando, por la cuantía de los efectivos recibidos, los municipios de Mérida, Trujillo y Plasencia.

Ya hemos citado cuales son las cañadas preferentemente utilizadas en los desplazamientos y en el cuadro anteriormente transcrito se precisa la densidad de tránsito de cada uno de los puertos. Quizás convenga añadir que, aunque en términos generales las cañadas se encuentran en aceptable estado de conservación, existen excepciones como la del cordel del Puerto de Tornavacas en el que pueden contemplarse toda la gama de «patologías» que hoy son habituales en estas vías, tales como ocupaciones y usurpaciones agrícolas, invasiones por infraestructuras, basureros y escombros, o usos indebidos por parte de ayuntamientos y particulares.

Réstanos, para terminar, referirnos a un aspecto clave de estas explotaciones como es el económico. En general están en manos de pequeños ganaderos y tienen un carácter cuasi familiar. Y por ahora baste con indicar que, una vez más, los puntos críticos de la cuenta de resultados son, en el caso de los costes, las hierbas de las dehesas y el precio del transporte en camión. Y, por lo que se refiere a los ingresos, el precio de los terneros que se desliza a la baja.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A. LA LARGA CRISIS DE LA TRASHUMANCIA DEL GANADO LANAR

De todo lo anterior, podemos extraer ya algunas conclusiones aunque sólo sean muy genéricas y de carácter provisional. Y la primera de ellas es que estamos asistiendo, quizás, al último acto de la definitiva crisis de la trashumancia tradicional del ganado lanar.

²⁸ Cuaderno n.º 1 pág. 27.

Ello se comprueba en todas las zonas estudiadas y, con especial intensidad, en las montañas leonesas y palentinas, en el Sistema Ibérico y en el Sistema Central. La negativa evolución de los efectivos implicados en los desplazamientos así lo demuestra.

Trashumancia de ganado ovino en Castilla y León

Zona	Modalidades	N.º cabezas
Montañas NW	Merineros extremeños	5.000
Montañas León	Cabañas y piareros	37.200
Montaña palentina	Extremeños	3.600
Loras	Nuevos ganaderos	4.200
Sistema Ibérico	Sobre todo Soria	44.600
Sistema Central	Segovia, Ávila y Salamanca	70.600
TOTAL		164.600

Esta crisis se arrastra de muy lejos, desde el primer tercio del siglo XIX y otros especialistas nos han ilustrado sobre sus causas. Pero las especiales condiciones impuestas en la economía española durante la posguerra civil la detuvieron temporalmente durante algunos años.

Y el origen último de esta larga depresión está en las transformaciones habidas en el mercado (el fin del monopolio) y en la demanda: la lana fina merina ha dejado de ser, por múltiples razones (competencia exterior, aparición de fibras sintéticas, etc.), un producto con una cotización remuneradora en los mercados.

Con ello corren grave riesgo de desaparición o alteración muchos de los elementos de este sistema que constituyen un patrimonio heredado desde tiempo inmemorial: los pastizales de puertos y dehesas, las cañadas, el saber hacer de los pastores y la propia supervivencia del oficio, la oveja merina y las instalaciones relacionadas con la explotación de la lana.

No obstante, ante esta crisis general se han producido algunas adaptaciones y respuestas positivas, que merecen una consideración y un estudio detenido de cara al futuro. Y ello, desde la perspectiva de un crecimiento sostenible y como posible alternativa al productivismo reinante en las explotaciones ganaderas intensivas que tantos problemas genera a las agriculturas mediterráneas y a los consumidores.

Entre estas respuestas cabe destacar en primer lugar, y siguiendo con el ganado lanar y cabrío, la potenciación o, en otros casos, el nacimiento, de una

nueva trasterminancia que tiene ahora como objeto la producción de corderos, cabritos y leche. Y, en segundo término, el surgimiento de una trashumancia de ganado vacuno para carne mediante la explotación extensiva de una raza autóctona de notables cualidades: la avileña negra. Repasemos, pues, brevemente, cada una de estas dos alternativas.

B. EL AUGE DE LA TRASTERMINANCIA

Este fenómeno se comprueba en el cuadro de síntesis que presentamos a continuación:

**Número de cabezas de ganado lanar implicadas
en la trasterminancia en Castilla y León**

Zona	Modalidades	N.º cabezas
Montañas NW	Churreros de aliste	23.000
Montañas León	Antiguos trasladantes	100.000
Sistema Ibérico	Al valle del Ebro	9.900
Sistema Central	Varias modalidades	42.000
TOTAL		174.900

Este auge reciente implica un cambio radical y una importante distorsión del sistema trashumante tradicional (pastizales utilizados, uso de las cañadas, modo de desplazamiento, razas utilizadas, manejo del ganado, ciclo productivo, etc.) que hacen de la nueva trasterminancia una adaptación novedosa del bagaje ancestral heredado por los ganaderos.

Aunque resulta preocupante, como reiteradamente hemos podido comprobar a lo largo del texto que, en las actuales circunstancias, las bases económicas de este impulso estén asentadas sobre cimientos endeble: prácticamente se basa en las primas e incentivos a la producción. Y la desaparición de estas subvenciones puede ser el principio del fin de la trasterminancia a medio plazo.

C. LA PUJANTE IRRUPCIÓN DE LA TRASHUMANCIA DE VACUNO

Pero, sobre todo, resulta del máximo interés el moderno auge de la trashumancia del ganado vacuno. Ya se ha indicado que en las antiguas cabañas y rebaños iban a veces reses de esta especie de ganado. Pero el fenómeno al

que ahora nos referimos es reciente, distinto y, además, puede tener posibilidades de cara al futuro.

La cabaña vacuna trashumante hacia 1990 la componían casi 40.000 cabezas de ganado con un protagonismo indiscutible de la comarca de Gredos.

Trashumancia de vacuno en Castilla y León

Zona	Modalidades	N.º cabezas
Montañas NW	Sanabria	1.500
Montañas León	Extrem/Asturias y Cantabria	3.600
Montaña palentina	Cantabria/Saldaña	4.500
Sistema Ibérico		650
Gredos		29.500
TOTAL		39.750

También en este caso el pastoreo exige de nuevas prácticas y nuevos procedimientos y, como en la trasterminancia, plantea sus problemas en la calidad de los pastizales (puertos y dehesas), en las vías pecuarias, sistemas de traslado y manejo del ganado, etc.

Pero es muy positivo el hecho de que se rescate una raza de vacuno ibérico tradicional muy rústica y especialmente adaptada a las condiciones ambientales: la negra avileña. Además se aprovechan pastizales no utilizados ya por el ganado lanar y otros nuevos productos del abandono del cultivo.

No obstante, aunque la explotación parece más rentable que la del ganado ovino, tampoco está exenta de problemas, tanto estructurales como coyunturales. Se trata de un sector atomizado (formado generalmente por pequeños propietarios) con escasa capacidad de negociación frente a terceros —y esto es igualmente extensible a la trasterminancia del ovino—. Una actividad intensiva en trabajo en la que los autopatronos reducen o sustituyen con su esfuerzo y con ayuda de la propiedad colectiva tradicional, algunos costes de producción tales como el trabajo asalariado, los gastos de transporte —se desplazan a pie—, y las hierbas de verano.

Y esta es una peligrosa debilidad estructural que puede condicionar su capacidad de supervivencia. Porque, en los últimos tiempos, la cuenta de explotación se ve sometida a un peligroso «efecto tijera» formado por la confluencia de unos costes de los pastos de invernada y del transporte en aumento y unos precios de los terneros en descenso.

Para hacer frente —y, si es posible, modificar— estas tendencias es necesario que se produzca una confluencia de iniciativas públicas y privadas convergentes en un mismo fin: dotar de competitividad a las explotaciones ganaderas.

Desde el punto de vista de la administración, parece que sería deseable sustituir progresivamente las subvenciones a la producción por políticas activas —y positivas— que favorezcan las condiciones de producción y comercialización. Y así, y por lo que hace a los pastaderos, resulta necesario atender a la calidad de las hierbas y a las instalaciones necesarias para que los ganaderos desarrollen su actividad en condiciones adecuadas. Este ha sido siempre uno de los propósitos invocados por las leyes de montes escasamente cumplido y subordinado sistemáticamente a la explotación forestal propiamente dicha.

Otro tanto puede decirse de la formación profesional. Se necesitan ganaderos que añadan al «saber hacer» de sus antepasados los conocimientos técnicos precisos para sacar adelante auténticas empresas ganaderas. Se echan en falta, pues, centros de enseñanza que cumplan al tiempo con este fin y con la imperiosa necesidad de incorporar a la gente joven de estas comarcas a las actividades productivas. Jóvenes condenados, en caso contrario, a la emigración.

Es evidente que la administración ha de hacerse cargo del mantenimiento de las infraestructuras viarias ganaderas. Afortunadamente se acabaron ya los tiempos en que se limitaba pura y simplemente a ponerlas en venta. Pero, a estas alturas, es necesario dar un nuevo paso: conservarlas en un estado aceptable y transitable.

Y, como es natural, también son imprescindibles estudios y experiencias en materia de selección y mejora genética de las razas autóctonas mejor dotadas para la trashumancia.

A estas iniciativas dirigidas preferentemente a mejorar las condiciones productivas habría que sumar, además, otras relacionadas con la comercialización de los productos. Y, en relación con esto, ya hemos sugerido en otros pasos de este escrito que una comercialización más incisiva basada en la «denominación de origen» que garantice autenticidad de la raza de procedencia y el carácter natural de los pastos consumidos por el ganado, pueden ser un procedimiento útil para subir y estabilizar los precios de venta del producto. A su favor juega, desde luego, la realidad de una demanda —un consumidor— cada vez más exigente y sensible a la calidad y menos confiado con precios aparentemente muy baratos que esconden tras de sí procedimientos productivos opacos o de dudosa fiabilidad, cuando no peligrosos como ha demostrado la experiencia.

Pero pasemos a los ganaderos, a los empresarios trashumantes. A lo largo del texto hemos podido constatar la existencia de iniciativas comunitarias —Aliste y Tábara—, societarias —en León—, o cooperativistas —en Soria—, que han surgido espontáneamente para hacer frente a las dificultades que entraña el ejercicio de esta actividad. Pues bien, es absolutamente necesario que estos ensayos se multipliquen, se generalicen, se fortalezcan y se articulen en estructuras organizativas más amplias que, no obstante, sean respetuosas con la libertad de los mercados.

Problemas tales como la escala o umbral óptimo de las explotaciones —el tamaño de los rebaños—, los precios de las hierbas en las dehesas y del transporte motorizado del ganado o las estructuras de comercialización y mercadotecnia —publicidad, entre otras—, así lo exigen. Porque un universo atomizado de autopatronos está estructuralmente, poco o escasamente dotado para enfrentarse a ellos con posibilidades de éxito.

Y si esto se logra, el techo estará situado, a largo plazo, posiblemente, en las disponibilidades de pastos (en Gredos ya se habla de sobreexplotación de pastizales, aunque no es éste el caso en otros lugares) y en la capacidad de absorción por parte del mercado de este tipo de productos de cuidada producción y calidad garantizada.

De cualquier modo, una racionalización del sistema de explotación, la normalización del mercado de factores (pastizales) y de la comercialización del producto (carne), puede contribuir a poner en valor unos recursos de otro modo condenados a la desaparición y puede aliviar la situación de unas regiones de montaña cada vez más deprimidas que, hoy por hoy, solo parecen tener la alternativa del turismo rural. De este modo, como señalan los autores del Cuaderno n.º 1, quizás se pueda «mantener una actividad de enorme importancia social, económica y ecológica, que ha caracterizado en gran medida el desarrollo histórico de esta región». Un patrimonio que tenemos la obligación de respetar, conservar y acrecentar.

**LA DESAMORTIZACIÓN
Y LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES
ARTÍSTICOS MUEBLES**

Jesús Urrea

Lo que actualmente se denomina patrimonio histórico artístico o patrimonio cultural y que anteriormente se expresaba como tesoro artístico ha sufrido a lo largo del tiempo en su conservación las consecuencias de acontecimientos que poco tenían que ver con los naturales cambios de gusto estético que periódicamente se han sucedido durante siglos.

En una ocasión anterior he escrito que «por patrimonio cultural no debe entenderse única y exclusivamente como lo que se posee sino también lo que se ha poseído o generado...La creatividad, la imaginación o la capacidad de fantasía de un pueblo o de un artista en un momento determinado, no desaparece con la destrucción de lo creado y cuando ésta sucede aún poseemos la imaginación para intentar su recreación apoyándola en sólidas bases científicas que faciliten su descripción para conseguir su identificación, en el caso de conservarse, o alcanzar al menos la idea más aproximada de la misma»¹.

La primera ocasión en que se produjo cierta disgregación de una parte significativa del patrimonio artístico español fue con motivo de las consecuencias derivadas del Real Decreto firmado por Carlos III el 27 de febrero de 1767 ordenando que «se extrañen de todos mis dominios... a los religiosos de la Compañía (de Jesús)... y que se ocupen todas la temporalidades (despojo de bienes temporales) de la Compañía...». Se acordó que tal disposición se llevaría a cabo el mismo día en todos los domicilios de los jesuitas, estableciéndose que la medida entraría en vigor durante la noche del 31 de marzo al 1 de abril de aquel mismo año con el fin de que los religiosos no pudiesen huir o esconder caudales o supuestos escritos comprometedores. La Pragmática Sanción para el extrañamiento de los Regulares de la Compañía y ocupación de sus temporalidades, con fuerza de ley votada en Cortes, lleva fecha del 2 de abril.

¹ Prólogo al libro de M.^a A. FERNÁNDEZ DEL HOYO, *Patrimonio perdido. Conventos desaparecidos de Valladolid*, Valladolid, 1998, pág. 10.

En dos cartas circulares, firmadas por Campomanes el 28 y 29 de julio de 1768, se urgía a los comisionados ejecutores del real decreto para que remitiese noticias precisas sobre las fundaciones de los Colegios, plan de rentas y cargas de justicia, y opinasen sobre el destino que se podía otorgar a los edificios que hasta entonces habían ocupado los jesuitas; al mismo tiempo se pedía a los obispos que, «con toda brevedad que sea posible», redactasen un dictamen sobre el destino de las casas, iglesias y objetos preciosos de culto de los regulares expulsados.

Concretamente sobre las pinturas y cuadros procedentes de los colegios jesuíticos, según una circular emitida el 8 de julio de 1769 por mandato del Consejo Extraordinario, se encargaba a los comisionados, nombrados para supervisar la expulsión de España de la Compañía, que se abstuviesen de su venta y que permitiesen su inspección por parte de don Antonio Ponz, «sujeto inteligente, y como tal nombrado por este Tribunal (Consejo Extraordinario) con aprobación del Rey, para el conocimiento, tasa y separación de las que hubiese originales de autores españoles o extranjeros, por lo que importa su conservación en el Reino». Por sugerencia del pintor Mengs, se extendió la comisión dada a Ponz «a las demás nobles artes de arquitectura y escultura, para que haga el reconocimiento y tasa de cuanto sea concerniente a ellas»². Se pretendía que sirviesen de modelo a los alumnos y de estudio a los profesores de la Real Academia de San Fernando. Ponz, además de opinar sobre las del Colegio Imperial de Madrid, marchó a Andalucía con el fin de describir y señalar aquéllas que considerase más apropiadas para tal objeto entre las que existían en los antiguos Colegios de la Compañía³. En Valladolid, algunos años después, se produjo también el intento de trasladar a la Academia de Matemáticas y Nobles Artes «las célebres pinturas de los claustros del Colegio» de Villagarcía de Campos, por entonces diócesis de Palencia⁴.

De todas formas, la situación creada con la supresión de la Compañía fue un hecho de dimensión abarcable, ejerciéndose adecuadamente el control sobre los bienes artísticos que hasta entonces le habían pertenecido. Se pue-

² P. F. MATEOS, S.J., «Notas históricas sobre el antiguamente llamado Archivo de las Temporalidades de Jesuitas», en A. GUGLIERI NAVARRO, *Documentos de la Compañía de Jesús en el Archivo Histórico Nacional*, Madrid, 1967.

³ Introducción de Casto M.^a DEL RIVERO al *Viaje de España* de ANTONIO PONZ (Ed. Aguilar, Madrid, 1947, pág. XXVI). PONZ en su *Viaje* recordaba que «algunas pinturas del refectorio y claustro (de los Jesuitas de Sevilla) se trasladaron para servir en el Estudio de las Artes de Sevilla» (pág. 784), y que una tabla grande representando la Piedad, original de MORALES, junto con una Concepción de PALOMINO que había en la sacristía de los Jesuítas de Córdoba, «están ahora en esa Real Academia (de San Fernando) y otras se cedieron de orden superior al convento de San Francisco el Grande de esa corte, donde deben de haberse colocado» (pág. 1.489).

⁴ Madrid. Archivo Histórico Nacional. Jesuítas (2785). Expedientes (1771-1790), leg. 935, n.º 1.

de asegurar que los únicos beneficiados con la nueva situación creada, además de las instituciones académicas dedicadas a la enseñanza artística, fueron las parroquias o conventos que se hallaban ubicadas en las proximidades de los Colegios suprimidos, al llevarse allí determinadas pinturas o esculturas que habían pertenecido a los jesuitas o incluso, en alguna ocasión, al instalarse en el propio templo abandonado por la orden de expulsión.

La guerra de la Independencia (1808-1814) provocó consecuencias mucho más funestas para la conservación del patrimonio. Los daños materiales en los conventos fueron cuantiosos, muy pocos quedaron incólumes y, en las dos Castillas y Aragón, especialmente, casi la mitad de ellos resultaron inhabitables y a veces totalmente destruidos⁵. El saqueo a manos de militares y civiles de iglesias y conventos, el inerme abandono en el que permanecieron durante mucho tiempo por la supresión o desplazamiento de las comunidades de religiosos, provocó la destrucción indiscriminada de objetos de culto y obras de arte, el robo descarado o subrepticio o en el mejor de los casos su traslado a otras iglesias abiertas al culto, a instituciones civiles o a domicilios particulares.

Los acontecimientos políticos y militares derivados de la invasión napoleónica provocaron el importante despojo llevado a cabo por los agentes extranjeros que conocedores del interés o calidad de la pintura española, sirvieron de guías a los generales franceses del ejército imperial⁶. El comienzo de la liquidación de nuestro patrimonio artístico tuvo unos inicios violentos al ser protagonizado por la voraz rapiña de los mariscales Soult, Sebastiani, Coullaincourt, Eblé, etc. que transportaron a Francia como botín de guerra lo que, según afirmaba cínicamente el primero, forzosamente le regalaban por temor a crueles represalias no confesadas.

Años después, en las negociaciones celebradas durante el Congreso de Viena, tampoco se puso especial énfasis para recuperar lo tan injustamente expoliado por las tropas invasoras. El equipaje del rey José, cargado con las pinturas procedentes de los palacios reales españoles, que tras la batalla de Vitoria había recuperado el general Wellington, terminó en manos del duque inglés gracias a la generosa despreocupación del monarca español; el paradero de lo salvado por la buena voluntad de vecinos, institutos religiosos o corporaciones civiles, se declaró y restituyó en muchos casos, pero lógicamente los tiempos no serían muy apropiados para hacer averiguaciones ni tampoco los medios al alcance muy idóneos para pleitear, reclamar o exigir

⁵ J. A. GAYA NUÑO, *La arquitectura española en sus monumentos desaparecidos*, Madrid, 1961.

⁶ M.^a D. ANTIGÜEDAD DEL CASTILLO, «Arte y coleccionismo en Burgos durante la ocupación francesa», *Espacio, Tiempo y Forma*, 2, 1989, págs. 329-342.

devoluciones. También los favores, encubrimientos y deudas se esgrimirían más o menos disimuladamente facilitando el paso de unas manos a otras sin dejar rastro documental.

Pero no todo fue negativo durante los años bélicos de la francesada. El 20 de diciembre de 1809 José I decretó la formación en Madrid de un Museo destinado a albergar en el Palacio de Buenavista las obras de arte procedente de los conventos suprimidos en la Corte. A pesar de que se formó una comisión incautadora que reunió 1.500 cuadros, el proyecto naufragó al concluir la guerra napoleónica⁷. En cambio en Barcelona, el pintor José Flaugier encargado de recoger los cuadros de los conventos clausurados organizó un museo en la Escuela de Nobles Artes que mantenía la Junta de Comercio no devolviéndose todas las pinturas al marcharse las tropas francesas; tampoco en Valencia se reintegró la totalidad de los cuadros a las comunidades religiosas propietarias. Así surgieron los embriones de los primeros museos españoles que tuvieron su origen en los decretos de extinción de conventos.

También es cierto que con anterioridad al estallido de la guerra de la Independencia ya pululaban por España marchantes ingleses (Wallis), holandeses (Coesvelt) y franceses (Lebrun, Quilliet, Letiers) e incluso algún embajador (Luciano Bonaparte) a la búsqueda sobre todo de pintura⁸, pero el descalabro que provocó el conflicto bélico hizo que cónsules y embajadores aprovecharan simultáneamente el aluvión de ventas fraudulentas, resultantes tanto del afloramiento de lo ocultado durante años a la espera de tiempos mejores como de la adulatoria necesidad de Fernando VII para expatriar un número increíble de obras, que fueron a enriquecer las galerías y colecciones extranjeras⁹.

En 2 de octubre de 1818 y 13 de septiembre de 1827 se dictaron varias reales cédulas que prohibían expresamente la exportación al extranjero de pinturas y otros objetos antiguos o de autores no vivos¹⁰. Con ellas se pretendía recordar las que, en este mismo sentido, ya se habían promulgado durante el reinado de Carlos III. En efecto, fue el marqués de Squilache quien en 1761 remitió a los Directores Generales de Rentas una resolución del monar-

⁷ M.^a D. ANTIGÜEDAD DEL CASTILLO OLIVARES, «La primera colección pública en España: El Museo Josefino», *Fragmentos*, 11, 1987, págs. 67-85 y José Bonaparte y el patrimonio artístico de los conventos madrileños, Madrid, 1987.

⁸ S(ÁNCHEZ) C(ANTÓN), «La venta de cuadros en 1801: La Concepción de Aranjuez y el Descendimiento de Montpellier», *Archivo Español de Arte y Arqueología*, 1937, págs. 165-167. M.^a de los S. GARCÍA FELGUERA, *Viajeros, eruditos y artistas. Los europeos ante la pintura española del Siglo de Oro*, Madrid, 1991.

⁹ J. A. GAYA NUÑO, *La pintura española fuera de España (Historia y catálogo)*, Madrid, 1958.

¹⁰ L. T. B., «Legislación vigente en España sobre antigüedades monumentales y artísticas», *Archivo de Arte Valenciano*, 1919, págs. 103-104.

ca, hecha por consulta de la Academia de San Fernando, para que «no se permita la extracción a países extranjeros de las Pinturas y Esculturas de los Artífices famosos ya difuntos, y que esta prohibición y las penas en que han de incurrir los contraventores, se consideren y gradúen como las de los demás géneros de contrabando, vendiéndose las expresadas Pinturas y Esculturas y distribuyéndose su importe por las mismas reglas»¹¹. Del mismo modo una nueva disposición de Carlos III, suscrita en 5 de octubre de 1779, a raíz de haberse tenido conocimiento de que «algunos extranjeros compran en Sevilla todas las Pinturas que pueden adquirir de Bartolomé Murillo y de otros célebres Pintores, para extraerlas fuera del Reino, descubierta o subrepticamente», vino a recordar lo mandado por S.M. sobre este asunto «en vista del inveterado y pernicioso abuso que se experimentaba de sacar de España los estimables Quadros originales que poseía la Nación»¹². El propio Ponz incluyó íntegramente en su libro *Viaje de España* la carta que el conde de Floridablanca remitió al Asistente de Sevilla con la real disposición, sin duda para difundir su conocimiento y estimular su observancia.

Curiosamente, en vísperas de que el Gobierno de la nación adoptase las progresivas medidas del liberalismo de la época, se dictó el 17 de junio de 1834 una Real Orden, de carácter moderado, disponiendo que el clero secular y regular pidiese licencia a S.M. en el caso de que sintieran necesidad de enajenar alhajas y bienes propios de los establecimientos eclesiásticos¹³. Puede decirse que desde el Fuero Real (1252-1255) que expresa su preocupación por la conservación de los bienes de iglesias y monasterios y prohíbe su enajenación y salida de aquéllos, o lo que sobre el mismo asunto se trata en Las Partidas (1256-1265) o en el Ordenamiento de Alcalá (1348)¹⁴, no se había vuelto a legislar nada expresamente sobre este asunto.

Sin embargo, la muerte del monarca Fernando VII y el subsiguiente inicio de la primera y sangrienta guerra carlista de sucesión (1833-1840), provocaron

¹¹ Madrid. AHN., Hacienda. Ordenes Generales. Rentas. Libro 8.022, fol. 57-58.

¹² A.H.N., Hacienda. Ordenes Generales. Rentas. Libro 8.031 (fols.393-394). Marqués de MONTESA, «La exportación de obras de arte en tiempo de Carlos III», *Arte Español*, 1927, págs. 301-302. F. ARRIBAS, «La protección al patrimonio artístico nacional en el siglo XVIII», *BSAA*, VI (1939-1940), págs. 237-238. R. RODRÍGUEZ PASCUAL, «La protección de las antigüedades», *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 1914, págs. 378-394.

¹³ «Para facilitar a la Junta Eclesiástica creada por Real Decreto de 22-IV último los medios de preparar importantes reformas confiadas a su celo y de adquirir los conocimientos necesarios acerca de los bienes del clero secular y regular, cuya suficiente y decorosa dotación es uno de los objetos de la formación de dicha Junta, ha tenido a bien mandar SM la Reina Gobernadora que las Corporaciones del clero secular y regular, antes de proceder a la enajenación de bienes inmuebles, alhajas o muebles preciosos de su respectiva pertenencia, acudan a S.M. en solicitud de licencia; en cuyo caso, con conocimiento de causa, resolverá S.M. lo que estime más conveniente al bien de la Iglesia y del Estado» Nicolás María GARELLY. (pág. 49).

¹⁴ Leyes 1,2 y 3 del título V; Partida, 1.^a, Título XIV, preámbulo; Ley LIII, Título 32.

una creciente inestabilidad política propiciando el mejor caldo de cultivo para que los atentados contra la propiedad de los bienes artísticos, las subsiguientes ventas fraudulentas y las exportaciones clandestinas se multiplicasen.

Una disposición de la reina gobernadora D.^a María Cristina de Borbón, promulgada el 2 de septiembre de 1836, recordando a todas las autoridades dependientes del Ministerio de Hacienda en los puertos marítimos y fronteras la más estricta observancia de las leyes prohibitivas sobre extracción de cuadros de pinturas y de otros objetos artísticos que no sean de autores que vivan, y haciendo responsables de cualesquiera omisión que se notare sobre tan interesante asunto, fue renovada por otra Real Cédula de 28 de abril de 1837, dictada con el propósito de evitar la salida de la Península de pinturas, libros y manuscritos antiguos. En ella incluso se reflexiona sobre las causas inmediatas que originaban este peligro para la conservación del tesoro artístico español, expresando que:

«Entre los horrores que las guerras, y más las intestinas, arrastran tras sí, no es el menor el estrago que causan a la ilustración barbarizando los pueblos con la destrucción de los objetos científicos, literarios y artísticos. Las dos pertinaces y sangrientas guerras entrañadas en el reino por los aspirantes al cetro a principios del pasado y del presente siglo, no menos que la que cinco años há nos tiene encendida el nuevo Pretendiente, han devastado tanto estos preciosos artículos, que apenas nos quedan ya en esta línea modelos que imitar. A esta devastación se agrega la extracción que la industria extranjera, calculando fríamente sus medios sobre nuestras propias ruínas, hace de tales curiosidades, aprovechándose de nuestras disensiones domésticas para despojarnos de cuanto ha sido siempre cebo de su envidia, Por tanto S.M. la Reina Gobernadora... se ha servido mandar que bajo ningún pretexto permita VE extraer de la Península para el extranjero ni provincias de Ultramar pinturas, libros ni manuscritos antiguos de autores españoles sin expresa Real orden que lo autorice»¹⁵.

Sin embargo el 20 de agosto de 1838 se reconoce que las providencias dictadas en diferentes ocasiones para evitar la extracción de pinturas, antigüedades y otros objetos artísticos no siempre habían dado resultado y que «las circunstancias en que se halla el país... facilitan alguna vez a los especuladores la adquisición aunque ilícita de aquellas preciosidades, estimulándolos a intentar por todos los medios su exportación»¹⁶.

¹⁵ A.E. de M. «Prohibición de exportar antigüedades», *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 1900, págs. 546-547 (contestando a un artículo de D. R. Balsa de la Vega publicado en *La Ilustración Española y Americana*, 22-VI-1900). Anónimo, «Reales órdenes de la Reina Gobernadora D.^a María Cristina de Borbón (años 1836-1838) vedando la extracción a país extranjero de preciosos objetos artísticos e históricos», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 1907, págs. 390-392.

¹⁶ BRAH, 1907, pág. 392.

La adopción por parte del gobierno liberal de la Regencia de una serie de medidas revolucionarias, tendentes a la obtención de recursos económicos que desembocaron en los decretos desamortizadores, dictados por el gabinete del ministro Juan Alvarez Mendizábal sobre los bienes muebles e inmuebles eclesiásticos, tuvo inmediatas y gravísimas consecuencias para la conservación del legado cultural reunido durante siglos por la Iglesia española.

Con una maniobra similar a la que se había producido durante la invasión francesa, a partir de un decreto dado por José Bonaparte destinado a extinguir las órdenes religiosas que quedó sin efecto en 1814, o con las medidas constitucionales adoptadas el 1 de octubre de 1820, que sentaron las bases para la posterior desaparición del clero regular, se iban a producir mermas muy sensibles sobre el patrimonio artístico, tanto por la vía de la destrucción como por la derivada de su dispersión. Porque si lo que entonces irremisiblemente se perdió o deterioró hoy no se puede cuantificar, en cambio resulta demostrable el descabalamiento producido, la confusión originada, el olvido desencadenado sobre tantas obras que han perdido su misma historia, el tráfico originado, las mutilaciones sufridas por los conjuntos, las manipulaciones, las restauraciones gratuitas que se hubieran evitado, etc., etc.¹⁷.

Los Decretos desamortizadores aprobados por D.^a María Cristina de Borbón el 25 julio (supresión de conventos), el 3 de septiembre y el 11 de octubre de 1835; los suscritos el 25 de enero, 19 de febrero (declaración en venta de todos los bienes que hubieren pertenecido a las corporaciones religiosas suprimidas), 1 de marzo (instrucción para llevar a efecto tal enajenación), 8 (nueva supresión de conventos) y 24 del mismo mes de 1836; así como el definitivo publicado el 29 julio de 1837 (venta inmediata de todos los bienes, muebles e inmuebles de las instituciones suprimidas para la extinción de la deuda pública), venían a desarrollar y a poner en práctica el tímido decreto desamortizador publicado durante el trienio liberal (1820), que tuvo escasa repercusión.

¹⁷ J. J. MARTÍN GONZÁLEZ, «Problemática de la Desamortización en el arte español», *Actas del II Congreso Español de Historia del arte*, 11-14-X-1978, Valladolid, 1978, pp16-29. M.^a J. REDONDO CANTERA, «La política bonapartista sobre los bienes artísticos desamortizados del clero regular y su repercusión en un medio provincial: Valladolid, 1808-1813», *Academia*, 73, 1991, págs. 253-290. Idem, «Los inventarios de obras de arte de los conventos vallisoletanos durante la guerra de la Independencia», *Boletín del Seminario de Arte y Arqueología*, LVIII, 1992, págs. 497-509. Idem, «Pérdidas de la platería vallisoletana durante la guerra de la Independencia», *BSAA*, LIX, págs. 491-501. A. LÓPEZ-YARTO ELIZALDE, «Consecuencias de la Desamortización en el patrimonio artístico de los monasterios jerónimos españoles», *Actas del Simposium «La Orden de San Jerónimo y sus Monasterios»*, II, pág. 810. J. I. HERNÁNDEZ REDONDO, «Desamortización de Mendizábal y patrimonio artístico: las fuentes documentales aplicadas al caso vallisoletano», *Memoria Ecclesiae*, XXII, Oviedo, 2003, págs. 27-48.

Con respecto a los bienes artísticos, en éste último se ordenaba simplemente a los Jefes Políticos que custodiasen «todos los archivos, cuadros, libros y efectos de bibliotecas» que habían sido incautados a las comunidades suprimidas y que remitiesen los correspondientes «inventarios al Gobierno quien pasará los originales a las Cortes para que éstas destinen a su biblioteca lo que tengan por conducente...», aclarando únicamente que el Gobierno aplicaría «el residuo de los efectos mencionados en el artículo anterior, a las bibliotecas provinciales, museos, academias y demás establecimientos de instrucción pública». Esta fue toda la base legislativa que se promulgó y que afectaba a tan inabarcable patrimonio.

La experiencia de 1820 no sirvió de mucho por cuanto el nuevo decreto desamortizador de 1837 volvió a desarrollar la misma doctrina con idéntica parquedad de provisiones. Puestos los ojos en los cuantiosos bienes inmuebles, rústicos y urbanos, que hasta entonces habían pertenecido a las denominadas «manos muertas», apenas se prestó atención en meditar sobre las consecuencias que podrían sobrevenir al vaciar los contenidos que ornaban los interiores de iglesias y espacios conventuales. Entre las disposiciones trascendentales que se dictaron con tal motivo fueron muy pocas las que se referían a la salvaguarda del patrimonio artístico mueble que hasta ese momento había conservado la Iglesia.

El artículo 20 del mencionado decreto exceptuaba, de entre los bienes que se aplicarían a la Caja de amortización, los muebles de las casas de religiosos que continuasen abiertas destinándolos para su uso y formándose el correspondiente inventario. Asimismo el artículo 23 autorizaba a los Ordinarios, previa aprobación del Gobierno, a poder «disponer en favor de las parroquias pobres de su Diócesis de los vasos sagrados, ornamentos y demás objetos pertenecientes al culto, exceptuando aquellos que por su rareza o mérito artístico convenga conservar cuidadosamente y los que por su considerable valor no correspondieran a la pobreza de las Iglesias», y, por último, con el artículo 25 se tomaba la decisión de aplicar los archivos, cuadros, libros y demás objetos pertenecientes a Ciencias y Artes a las Bibliotecas, Museos, Academias y demás establecimientos de Instrucción pública».

Con tal escaso «corpus legislativo» era verdaderamente difícil preservar de la pérdida, deterioro o destrucción, bagaje histórico artístico tan ingente como el que quedó inerte o semiabandonado a su suerte cuando las comunidades religiosas dejaron sus conventos y monasterios. A pesar de que muy pronto, incluso en 1835, comenzaron a funcionar Comisiones especiales (o recolectoras) de Ciencias y Artes¹⁸ —el 13 de enero de 1836 se nombró en

¹⁸ R.O. de 29-VII-1835 (*Gaceta de Madrid*, n.º 217, 4-VIII-1835).

Madrid una Junta seleccionadora e incautadora de los bienes artísticos existentes en los conventos suprimidos— cuya misión consistía en conocer, inventariar y recoger los objetos artísticos, estos quedaron inventariados en un principio a cargo de los empleados de los Arbitrios de Amortización que no pusieron un celo especial en su custodia, produciéndose las primeras sustracciones y deterioros ¹⁹.

Como, además, el traslado a los locales destinados para su almacenamiento debería de costearse con la venta de los efectos de poco mérito, es fácil imaginar el fin que tendrían muchos objetos si se estima lo subjetiva que podía ser la aplicación de esta medida. La publicación en los Boletines oficiales provinciales de las listas de «muebles, frutos, efectos y enseres que se encontraron» en los monasterios y conventos «al tiempo de su supresión por las Autoridades», dan una idea bastante exacta del contenido artístico o bibliográfico que en ese momento poseían y sirven para comprobar lo que por entonces ya había desaparecido ²⁰.

En Junta celebrada el 7 de febrero de 1836 por la Real Academia de San Fernando, presidida por el ministro de la Gobernación, se tomó el acuerdo de que los objetos artísticos procedentes de los conventos se destinasen al estudio de las nobles artes, evitándose así su extravío, y que se formasen con ellos colecciones completas con el nombre de Museos, de los cuales uno sería Nacional y los demás Provinciales, evitando la enajenación de los objetos artísticos aunque fuesen de escaso mérito.

Tales acuerdos se trasladaron a las Comisiones recolectoras existentes, las cuales fueron reemplazadas en sus funciones el 27 de mayo de 1837 por otras Comisiones denominadas Científicas y Artísticas a las que se otorgó atribuciones más amplias, encargándolas expresamente de que se preocupasen de reunir, en edificios adecuados, los objetos recogidos hasta ese momento así como los que se recogiesen en lo sucesivo de los conventos suprimidos. Se les indica que tales edificios servirían, a la vez, como biblioteca y museo, y en ellos se colocarían los efectos de arte y ciencia según el gusto o parecer de la Comisión correspondiente la cual se dividiría en dos secciones de acuerdo con su propio enunciado ²¹.

Una real orden de 31 de diciembre de 1837 vino a completar las disposiciones anteriores estableciendo la creación de un Museo Nacional para con-

¹⁹ Por ejemplo, en Valladolid esta Comisión recolectora comenzó a funcionar el 16-VIII-1835 y en Granada se constituyó el 4-IX-1835.

²⁰ En Valladolid, las listas comenzaron a publicarse en el Suplemento al *Boletín Oficial* el 6-XII-1836.

²¹ *Gaceta de Madrid*, 907, 28-V-1837. A. PRIETO CANTERO, *Historia de la Real Academia de Nobles y Bellas Artes de la Purísima Concepción de Valladolid*, Valladolid, 1983.

servar y exhibir los bienes artísticos recogidos en los conventos que se habían suprimido en las provincias de Madrid, Toledo, Avila y Segovia. Como el número de cuadros incautados fue muy elevado se decidió elegir un edificio con capacidad apropiada para contener tantas obras reunidas y para su establecimiento se habilitó el antiguo convento madrileño de la Trinidad Calzada, que se hallaba situado en la calle de Atocha.

Inaugurado en 1838 y abierto al público el 2 de mayo de 1842, el denominado «Museo de la Trinidad» representó una excelente idea con la que se trataba de que las riquezas, que antes habían sido de la Iglesia y ahora formaban parte del patrimonio del Estado, no se perdiesen. Mucho más lento fue el proceso de creación de los denominados Museos Provinciales cuya existencia se preconizaba ya en 1836. Hasta el 13 de mayo de 1844 en que se extinguieron las Comisiones o Juntas Científico-Artísticas dando paso a las Comisiones Central y Provinciales de Monumentos que recibieron instrucciones para su funcionamiento el 24 de julio siguiente, no se vuelve a hablar de los museos.

El Gobierno, al señalar los deberes que encomienda a las secciones de Escultura y Pintura de estas Comisiones Provinciales de Monumentos, reconoce explícitamente «el abandono en que ha estado este género de preciosidades artísticas por espacio de algunos años», encareciendo a las nuevas Comisiones «el evitar que se prolongue por más tiempo» semejante situación y ordenándoles que en los lugares en donde no aún no existiesen Museos deberían de reunir, «en un local seguro, cuantos lienzos, estatuas, relieves y demás obras de talla recojan hasta que el Gobierno de SM disponga lo más conveniente». Asimismo les recomienda la vigilancia sobre los administradores de aduanas con el fin de que «no se despache guía alguna de este género de mercadería... sin que antes haya sido reconocida por tres profesores y sin que se presenten testimonio en que se acredite su procedencia», tratando así de evitar que «los usurpadores de cuadros u otros objetos puedan enagenarlos llevándolos al extranjero»²².

Al poco tiempo de ponerse en marcha estas medidas se elaboró una «Memoria comprensiva de los trabajos verificados por las Comisiones de Monumentos Históricos y Artísticos del Reino» (1845)²³ en la que se especifica el estado en que se hallaban los museos creados hasta ese momento en cumplimiento de la legislación vigente. Los más antiguos eran los establecidos por las Comisiones provinciales de Sevilla (1835), Guadalajara

²² R.O. 24-VII-1844 (*Gaceta de Madrid*, 28-VII-1844)

²³ J. A. GAYA NUÑO, *Historia y guía de los Museos de España*, 2.ª ed., Madrid, 1968, págs. 30-33.

(1838)²⁴, Valencia (1839), Valladolid (1842)²⁵, o Zaragoza (1844), con la salvedad de que las Reales Academias de Bellas Artes existentes en estas tres últimas ciudades desde el siglo XVIII habían comenzado a reunir, mucho antes de la promulgación de los decretos desamortizadores, colecciones de objetos y obras de arte.

Es cierto que hubo Comisiones provinciales especialmente celosas en el desempeño de su cometido: Alicante reunió 220 cuadros; Granada, 884 pinturas y esculturas; Huesca, 120 pinturas; Jaén, 523 cuadros y algunas esculturas; Orense, 120 cuadros y varias esculturas; Salamanca, 1.061 pinturas; Segovia, otras 386, pero sus afanes se estrellaron con la falta de medios para presentar estos fondos con una organización mínimamente museística, viéndose abocados a formar depósitos de pinturas o esculturas en edificios o dependencias oficiales que apenas reunían las mínimas garantías para su conservación: antiguos conventos (San Agustín, en Cádiz; Jesuítas, en Jaén; San Pedro Mártir, en Toledo; las Catalinas, en León, etc.), colegios y universidades (Córdoba y Oviedo), delegaciones de hacienda (La Coruña), gobiernos provinciales (Gerona), jefaturas políticas (Albacete), sociedades económicas (Huesca), e incluso hasta en algún edificio particular (Vizcaya). Otras, en cambio, ni siquiera tenían esperanza de crear de manera inminente el preceptivo museo provincial²⁶.

El hacinamiento, los malos tratos, los frecuentes trasladados de local, el agua, el polvo, los roedores, gatos, murciélagos y palomas, unidos a los escasos medios económicos, las ventas incontroladas, la improvisación técnica y el alto grado de desinterés por parte del Estado para hacer efectivas sus propias disposiciones, acarrearón consecuencias funestas. La documentación existente continuamente habla de cuadros estropeados, inútiles, en extremo maltratados o raídos, aplicándose muy frecuentemente a las obras reunidas la expresión «de poco mérito», que nos cuestiona la capacidad cognoscitiva y el interés de quienes la utilizaban.

Es cierto asimismo que desde la Comisión Central también se recriminó a otras por su corta diligencia en la recogida de obras de arte. Así la de León, había agrupado únicamente 61 cuadros y 3 esculturas; la Lérida sólo 18 y la de Málaga, por su parte, 6 esculturas y 4 pinturas. Las de Almería, Avila, Lugo, Pontevedra, ni siquiera contestaron al cuestionario que se les envió

²⁴ 430 lienzos, tablas y cobres.

²⁵ 947 pinturas y 229 esculturas.

²⁶ Almería, Baleares, La Coruña (1864), Cuenca, Guipúzcoa, Huelva, Logroño, Murcia, Navarra, Palencia, Salamanca (1848), Santander, Tarragona (1849), Zamora (1871), cfr. C. SANZ PASTOR, *Museos y colecciones de España*, Madrid, 1969-1990 y M. BOLAÑOS, *Historia de los museos en España*, Gijón, 1997.

para saber la situación en que se hallaban las obras que deberían haber reunido desde 1835, pudiéndose también comprobar el poco interés que habían mostrado las Comisiones de Soria, que no dio explicaciones sobre la desaparición de 88 pinturas en diez años, o Santander, que había vendido por 487 reales los cuadros reunidos ²⁷.

Entre líneas se puede imaginar que el mayor o menor interés de los comisionados, la cercanía o el alejamiento con respecto a los centros de poder (capitales de provincia, Madrid), la existencia o no de centros culturales, facilitó o hizo difícil e incluso inviable llevar adelante con cierta seriedad la puesta en marcha de medidas apropiadas para rescatar de la destrucción, pérdida o enajenación incontrolada los bienes artísticos que el Gobierno había decretado conservar. En este campo, la casuística tuvo que ser muy variada, casi tanto como casos concretos: párrocos ilustrados, obispos interesados, autoridades celosas de su cometido, vecinos timoratos, abandono absoluto, etc. fueron realmente los responsables de que los bienes expropiados se conservaran adecuadamente o ni siquiera hayan dejado más huella que la puramente documental.

Como consecuencia de los vaivenes políticos, la situación económica y de la mala administración con que se llevó a cabo la desamortización de los bienes artísticos procedentes de los conventos suprimidos, durante la regencia de D.^a María Cristina (1833-1840) ²⁸ se produjo un caldo abonado para que surgiese también un tipo de coleccionista, más o menos advenedizo, especializado en la adquisición de pinturas que llegó a formar colecciones privadas cuyos catálogos agrupaban centenares de obras. Este fue el caso de los sevillanos don Antonio Bravo, que reunió 840 cuadros, o del canónigo don Manuel López Cepero, que poseyó otros 878. En Cádiz se procedía en 1836 a la venta de 887 pinturas que se consideraban como de segunda y última categoría, procedentes de los conventos desamortizados de la misma ciudad, Sanlúcar, Arcos de la Frontera o Puerto de Santa María, e incluso al año siguiente se vendieron 6 pinturas de Zurbarán guardadas hasta entonces en el propio Museo de Cádiz.

Tal desbarajuste así como el incumplimiento de la legislación vigente sobre exportación de objetos artísticos, convertida en letra muerta según puede comprobarse por el número e importancia de las colecciones españolas

²⁷ Por orden de la Comisión de Monumentos históricos y artísticos de Valladolid se redactó un «Inventario y tasación de los cuadros de ningún mérito existentes en el Museo que se han de vender» que englobó 195 cuadros que se tasaron en 2.665 reales, es decir a una media de 13,66 reales la pintura.

²⁸ En aquellos años se produjeron también diversos brotes de violencia con motivo de algunas insurrecciones provinciales y de motines callejeros, instigados por grupos revolucionarios, afectando gravemente a diversos conventos de Zaragoza, Madrid o Barcelona.

que se subastaron impunemente en el exterior, dio también nueva ocasión para que los agentes extranjeros regresaran a España, ahora bajo el reinado de Isabel II, para beneficiarse de esta situación.

El Barón Taylor y el pintor Adrien Dauzats se dedicaron a comprar, a través de intermediarios o testaferros y por encargo del monarca francés Luis Felipe, pinturas al por mayor enviándolas inmediatamente a París en donde se integrarían en la famosa Galería Española, propiedad de aquel soberano e inaugurada en 1838, que llegó a reunir 453 pinturas de artistas españoles a los que se añadirían en 1842 por generosa donación otros 244 cuadros adquiridos en España por el inglés Standish²⁹. Circunstancias muy similares serían las que facilitaron la creación de las grandes colecciones reunidas por el marqués de las Marismas del Guadalquivir (D. Alejandro Aguado), que constaba de 395 pinturas, y la del marqués de Remisa (D. Gaspar de Remisa), con 400 cuadros. Los destacados coleccionistas españoles del reinado de Isabel II, el conde de Quinto, el marqués de la Salamanca o el infante Don Sebastián de Borbón, todavía lograron aprovecharse de esta facilidad adquisitiva y la procedencia que tenían muchas de sus pinturas no era otra que la propia Desamortización.

El pintor español Ceferino Araujo y Sánchez recordaba todavía en 1897 cómo se desarrolló también la misma afición que habían adquirido determinadas personas, enriquecidas haciendo contratos con el Estado o negocios de bolsa, entre otras «incitadas con la idea de adquirir *gangas* procedentes de la *rebatña* que produjo la desamortización». Surgieron así varias categorías de especuladores: «unos que eran malos pintores o despiadados restauradores, y otros, agentes subalternos que traían el botín; ladrones, o poco menos, que habían encontrado ocupación menos arriesgada» actuando como agentes de los auténticos comerciantes.

Araujo cita, entre este tipo de vendedores sin escrúpulos, a un matón andaluz a quien llamaban Barba que «traía (a Madrid) cuadros de las provincias, que Dios sabe cómo fueron adquiridos, arrollados y a lomo de alguna caballería, con lo que sufrían el deterioro consiguiente a carecer de todo embalaje»; y a D. Clemente Rojas, caballero de la Orden de San Juan, que después de haberse dedicado a proporcionar alimañas raras y fieras para la casa del Retiro por encargo de Fernando VII, a partir de 1843 se especializó en embaucar a eclesiásticos «con el fin de que le vendieran, y él pagara con dinero ajeno, obras que no debían haberse vendido, y en lo que la desamortización no tuvo parte»³⁰.

²⁹ J. BATICLE y C. MARINAS, *Galerie espagnole de Louis Philippe au Louvre. 1838-1848*, Paris, 1981.

³⁰ «Palmaroli y su tiempo», *La España Moderna*, IX, 1897, t. 105 (págs. 121-142), X, 106 (págs. 91-113) y XI, 107 (págs. 66-83).

De la misma manera, todavía a comienzos del siglo xx, José Gestoso recordaba en Sevilla lo que en su juventud las personas mayores, que habían conocido los acontecimientos de la primera mitad del siglo anterior, continuaban transmitiendo por tradición oral: «En aquella época... venían a Sevilla los cuadros y esculturas por carradas, procedentes de los pueblos de la provincia y hasta de aquéllos de otras cercanas a esta ciudad; pues por ser ésta el mejor y más seguro mercado entonces, aquí los traían para su venta, repartiéndoselos los coleccionistas mediante exiguo precio»³¹.

Lamentablemente la vida del Museo Nacional de la Trinidad, con el que se intentó poner de manifiesto la oportunidad de las medidas oficiales en materia de conservación y exposición del patrimonio estatal, fue breve y muy accidentada y sus puertas se cerraron definitivamente en 1872 integrándose sus fondos en el Museo Nacional de El Prado. Este, como es sabido, se había fundado en 1819 por iniciativa regia para contener una parte importante de las colecciones de pintura y escultura hasta ese momento distribuidas por los diferentes palacios reales³².

Casi al mismo tiempo de la referida integración en El Prado se produjo la gran diáspora de los fondos de aquél y sus despojos fueron aventados de manera absolutamente arbitraria por toda la geografía española perdiéndose la gran oportunidad de exponer dignamente los fondos del naufragio desamortizador. Dependencias oficiales, iglesias perdidas, hospitales, escuelas, embajadas o, en el mejor de los casos, museos provinciales, acabaron albergando las pinturas que originalmente habían formado series claustrales, decorado retablos o tenían una específica vinculación con una ciudad o una escuela pictórica.

Las consecuencias derivadas del terremoto desamortizador fueron funestas para la conservación del patrimonio y sus resultados negativos todavía los estamos padeciendo. La catástrofe podría equipararse a las destrucciones ocasionadas durante la última contienda bélica civil y, en menor medida con la venta indiscriminada y subrepticia llevada a cabo por algunas diócesis españolas a lo largo de los años 60 del siglo xx, haciendo caso omiso de toda

³¹ El texto, extraído del libro de J. GESTOSO, *Biografía del pintor don Juan de Valdés Leal* (Sevilla, 1918, pág. 233), lo cita J. A. GAYA NUÑO (*ob. cit.* pág. 21).

³² J. A. GAYA NUÑO, «El Museo Nacional de la Trinidad. Historia y catálogo de una pinacoteca desaparecida», *Boletín de la Sociedad Española de Excursiones*, 1947, págs. 19-78. B. NAVARRETE PRIETO, «La creación del Museo de la Trinidad. Datos para su estudio», *Academia*, 83, págs. 509-526. G. ANES, *Las colecciones reales y la fundación del Museo del Prado*, Madrid, 1996. P. GÉAL, «La creación de los museos en España», *Anuario del Departamento de Historia, Teoría del Arte*, XIV, 2002, págs. 289-298.

la legislación vigente e incluso de las recomendaciones dadas por los nuncios apostólicos en España³³, o con los resultados de la aplicación subjetiva y arbitraria de algunas disposiciones litúrgicas emanadas del Concilio Vaticano II.

³³ Tal vez sea oportuno reproducir varios párrafos de una circular del nuncio M. RAGONESI (21-VI-1914) advirtiendo sobre ventas de bienes artísticos de la Iglesia española: «¿Será posible en España la enajenación de retablos, de cuadros, de joyas y de telas admirables, unos por su valor artístico, otros por su mérito arqueológico, para reemplazarlos por altares sin estilo, con pinturas sin gusto, con ornamentos y vasos de relumbrón, hoy vistosos y relucientes, mañana destruidos y arrinconados?». 2.ª Ni aún los que a primera vista parecieren insignificantes podrán ser conmutados ni vendidos bajo ningún pretexto. 3.ª Si para remediar necesidades perentorias fuera preciso vender o conmutar algunos de estos objetos, la venta o conmutación no podrá efectuarse sino con el previo permiso escrito de la competente autoridad eclesiástica, la cual no lo dará sin la plena garantía de que no han de ser exportados a territorios extranjeros»; o el recordatorio dado por el nuncio F. TEDESCHINI (1-VII-1922) sobre este mismo asunto: «Para que ninguno sea sorprendido en su buena fe, ni bajo ningún pretexto, por los procedimientos técnicos especiales que suelen usar estos anticuarios, conviene recordar a todos los que están al frente de alguna iglesia o casa religiosa la severidad de las leyes eclesiásticas en esta materia. Conviene que sepan que todos los objetos de mérito histórico o valor artístico, *cualquiera que sea su justiprecio en venta*, viene comprendidos en el Derecho bajo la denominación de *res pretiosas*, y éstos no pueden enajenarse sin la autorización de la Santa Sede según prescriben los cánones 543.1, 1.281,31 y 1.532.1». Cfr. *Legislación sobre el Tesoro Artístico de España. Publicaciones de la Dirección General de Bellas Artes. Madrid, 1957.*

**LA TUTELA DEI BENI CULTURALI
NELL'ITALIA MODERNA:
LA TRADIZIONE DEGLI STATI
PRE-UNITARI, L'UNITÀ,
LA CONTEMPORANEITÀ**

Bernardo Rossi-Doria
Università di Palermo

INTRODUZIONE



Una qualsiasi fotografia del Colosseo, mostra questa antica costruzione dell'uomo per la quale probabilmente è stato coniato per la prima volta il termine «Monumento». A guardarlo non ci sorprendiamo neanche del fatto che abbia una apparenza incompleta, che gli manchino delle parti, come alcune esterne. Altre appaiono interrotte e riparate con apparente approssimazione, con tecniche e secondo intenzioni diverse. Non si può dire che la sua bellezza sia caratterizzata da un'immagine integra e «finita». Eppure oggi più che mai, milioni di persone lo guardano e ne restano affascinati.

Quel che vediamo in realtà è l'immagine del passaggio nel tempo di due millenni, di un manufatto architettonico grandioso.

Evoca la grandezza dell'impero Romano, il martirio dei Cristiani, l'oblio del medioevo, l'attenzione rinascimentale dei Papi e dei grandi artisti, il riconoscimento del valore dell'antico del secolo dei lumi e la conseguente fondazione dell'idea moderna di tutela e conservazione del patrimonio culturale.

E' in sostanza la sua storia, che si rappresenta nella sua immagine, che ci interessa e ci stimola.

L'argomento di queste note è quello della conservazione del patrimonio culturale in Italia. Così chiamiamo ora i beni che sono oggetto di attenzione istituzionale finalizzata alla «conservazione».

Si tratta di qualcosa di più di un patrimonio selezionato di opere d'arte e l'intenzione istituzionale vorrebbe essere qualcosa di più della semplice normativa di «tutela».

La finalità di questa relazione è documentare con un sintetico excursus nella storia della modernità le ragioni e le caratteristiche di questa attività istituzionale.

In realtà l'idea della tutela del patrimonio culturale è assai antica e precede di molto il secolo dei lumi dalla cui vicenda deriviamo il nostro contemporaneo modo di affrontare il problema.

Per essere sintetico e soltanto esemplificativo mi limito a citare l'editto di un imperatore tardo romano:

Noi, reggitori dell' Impero, vogliamo porre un termine a quei disordini, che già da lungo tempo eccitano il nostro malcontento, poiché deturpano l'aspetto venerando della città. Noi sappiamo che qua e là si demoliscono edifici pubblici che sono ornamento dell'urbe, e che i magistrati cittadini, con negligenza degna di punizione, non reprimono questi turpi fatti. Si dice che vi è necessità di materiali per la costruzione di opere pubbliche, e perciò si van recando guasti alla splendida architettura di edifici antichi; e si demoliscono in un luogo opere grandiose, per compiere altrove qualche opera brutta e meschina. (...)

Ogni magistrato che tanto permettesse, sarà punito con la multa di cinquanta libbre d'oro; ogni ufficiale subalterno che gli obbedisse in opere di demolizione o non gli si opponesse, dopo di essere stato sottoposto alla fustigazione avrà le mani mozzate, perché, invece di vegliare alla conservazione dei monumenti degli antichi, aiutò alla loro profanazione. Dei fabbricati pubblici, dei quali alcuni si arrogarono abusivamente la proprietà, nulla potrà essere alienato di quanto contengono; ma comandiamo invece che ogni cosa sia restituita allo Stato e che tutto quanto venne distrutto sia ripristinato nella condizione in cui si trovava. (...)

(Editto dell' imperatore Maioriano, da Ravenna, anno 458 d.c.)

E' un editto tardo imperiale che già introduce il declino della «Urbe» durante il medioevo laddove lamenta l'uso del materiale da costruzione degli antichi edifici per farne di nuovi.

Dopo l'oblio del medioevo la questione viene ripresa da Raffaello soprintendente del Papa per la tutela dei monumenti:

Quanti pontefici, padre Santo, i quali havevano il medesimo officio che ha Vostra Santità, ma non già il medesimo sapere, né il medesimo valore et grandezza d'animo; quanti, dico, pontefici hanno permesso le ruine et disfacimento delli templi antichi, delle statue, delli archi et altri edifici, gloria delli lor fondatori? Quanti hanno comportato, che solamente per pigliar terra pozzolana, si siano scavati fondamenti: onde in poco tempo li edifici sono venuti a terra? Quanta calcina si é fatta di statue et d'altri ornamenti antichi? che ardirei dire che tutta questa nova Roma che hor si vede, quanto grande ch'ella vi sia, quanto bella, quanto ornata di palazzi, di chiese et di altri edifici, sia fabbricata di calcina fatta di marmi antichi?

(Raffaello Sanzio, Lettera a Leone X, 1517)

Dunque già gli ultimi imperatori dell'occidente, avevano cognizione del problema. Ma soprattutto l'avevano i grandi artisti ed i Papi del rinascimento.

Non stupisce quindi che negli statuti dell'Italia contemporanea la questione sia solennemente considerata.

L'articolo 9 della Costituzione della Repubblica Italiana (1948) recita:

La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il Paesaggio e il Patrimonio storico e artistico della Nazione

I BENI CULTURALI IN ITALIA PRIMA DELL'UNITÀ



Ma già l'Italia costituita dall'unione di più piccoli stati riconosciuti come italiani recepiva un solido e significativo patrimonio di idee rinnovato e costruito insieme al profondo rinnovamento delle idee che aveva attraversato l'Europa con l'avvento del secolo dei lumi.

Per questa ragione è opportuno ripercorrere la vicenda della tutela del patrimonio culturale a partire dalla esperienza di quegli Stati.

Gli Stati di cui si parlerà sono: lo Stato Pontificio ed il Regno di Napoli o delle Due Sicilie innanzitutto, ma anche il granducato di Toscana, il Ducato di Parma, la Lombardia, il Veneto, il Piemonte.

Quest'ultimo, lo Stato promotore e realizzatore della Unificazione, era quello che portava con sé la tradizione più debole in materia di tutela artistica.

L'idea moderna della tutela nasce insieme alla riscoperta della antichità da parte degli artisti e degli intellettuali illuministi europei. L'antichità s'era loro svelata con il diffondersi del «Grand Tour». Col «Viaggio in Italia», a Roma, a Napoli e in Sicilia, nella «Magna Grecia»¹.

E' senza dubbio a Roma, col suo contesto italiano, che nasce l'idea di una moderna storia dell'arte, ed è dalle concezioni moderne della storia dell'arte che nasce l'idea moderna della tutela e della conservazione.

Goethe lo scrisse con chiarezza 1787:

«E' Roma secondo me, la scuola di tutto il mondo; anch'io sono stato illuminato e provato»;

e anche:

«L'Italia senza la Sicilia, non lascia alcuna immagine nell'anima: qui è la chiave di tutto.»

Ma non era stato certo il primo a fare il viaggio. Come sappiamo ci sono innumerevoli contributi letterari pittorici, documentari che mostrano come nella seconda metà del XVIII e nel XIX secolo, un soggiorno in Italia fosse il fondamento di un solida preparazione intellettuale e culturale.

Alcuni di coloro che erano venuti sono rimasti per sempre in Italia e sono riconosciuti come i protagonisti della costruzione del sistema europeo della tutela. Primo tra tutti il H. J. WINKELMANN autore del primo testo moderno di storia dell'arte, metodologicamente innovatore, e sostanzialmente generatore della idea moderna della tutela². Winkelmann si era stabilito a Roma, aveva visitato gli scavi di Ercolano e Pompei promossi da Carlo III di Borbone³. Era divenuto custode delle antichità dello Stato Pontificio.

Il fondamento metodologico della sua storia dell'arte consisteva nell'esame diretto e non mediato da altre descrizioni, delle opere d'arte autentiche, possibilmente originarie e non copiate. Secondo lui la storia dell'arte fonda-

¹ Sul Grand Tour, V. De Seta C. La Sicilia del '700 ed il «Grand Tour». In: a cura di P. CHIARINI. Goethe in Sicilia. Disegni e acquarelli da Weimar. Artemide edizioni. Roma, 1992.

² H. J. WINKELMANN. *Gesichte der Kunst der Alterthums*, 1764. Trad. It. M.L. Pampaloni: «Storia dell'arte dell'antichità» Ed. Boringhieri 1961.

³ Carlo III di Borbone fu re di Napoli tra il 1734 ed il 1758 quando, succeduto a suo fratello, fu re di Spagna. E' ricordato come Re illuminista, innovatore promotore di una grande stagione culturale.

ta su testi e racconti letterari, in voga al tempo, non ha nessun fondamento di credibilità. «Ogni descrizione delle opere d'arte che non fosse fondata sulla diretta conoscenza impiccolisce le nostre idee» egli scriveva e «ciò che prima era grande viene ridotto alle proporzioni di un pollice».

Due erano le conseguenze di questo ragionamento:

La prima era che occorresse conservare le opere d'arte «giunte fino a noi», e che il solo luogo dove si potevano trovare e vedere era a Roma e in Italia.

«è difficile, anzi quasi impossibile, scrivere qualcosa di ben fondato sull'arte antica e sulle antichità sconosciute rimanendo fuori di Roma: neppure un soggiorno di qualche anno in questa città è sufficiente a questo scopo, come ho potuto sperimentare nei miei riguardi dopo una faticosa preparazione (...)»

La seconda era che occorresse diffidare delle aggiunte poste dai restauratori. Infatti

«Gli errori più frequenti in cui cadono gli eruditi di cose antiche nascono dalla loro disattenzione per le parti del restauro: Infatti essi non hanno saputo distinguere le aggiunte, fatte per sostituire parti mutilate e perdute, da quello che è veramente antico.»

Cita in proposito alcuni grossolani errori:

«riguardo ad un violino nuovo posto in mano ad Apollo nella Villa Negroni, Wright pensa che sia veramente antico... (...)»⁴.

«Ponendo in mano alla statua di Cesare in Campidoglio l'antico scultore ha voluto simboleggiare, secondo l'interpretazione di un poeta romano moderno, la sua brama di dominio assoluto, ma egli non si è accorto che le braccia e le mani sono nuove... (...)»

In ogni caso la conclusione di questa faticosa preparazione era che la perfezione artistica si raggiungeva con la perfetta imitazione della natura e che tale perfezione era stata raggiunta dai greci nell'antichità. La produzione artistica greca non era più reperibile nella Grecia contemporanea, ma si trovava ora a Roma.

Da Commissario papale responsabile della tutela delle antichità il WINKELMANN aveva il compito di valutare se le opere d'arte ritrovate durante gli scavi potessero essere esportate.

⁴ V. ROSSI PINELLI O.: Carlo Fea e il chirografo del 1802: cronaca, giudiziaria e non delle prime battaglie per la tutela delle «Belle Arti». In: Ricerche di Storia dell'Arte. N. 8:Storia dell'arte e politica della tutela. Ed. Nuova Italia Scientifica. Roma 1979.

Aveva adottato un criterio discutibile sotto il profilo della coerenza, quanto pragmatico. Molte sculture furono esportate con il suo consenso da Roma perché da lui così valutate:

«Bono ma non singolare»

Ovvero: una di tante copie. Soltanto la più antica, possibilmente l'originale greco, sono meritevoli di custodia istituzionale. Si riferiva in sostanza al fatto che nella Roma antica si usava adornare il luoghi con statue importate dalla Grecia e riprodotte in innumerevoli copie.

L'epoca di queste riflessioni era quella dell'illuminismo ma anche quella della rivoluzione giacobina, del Direttorio, di Napoleone e delle sue mire imperiali e nazionalistiche. In due successivi periodi i francesi occuparono lo Stato Pontificio, (nel 1798-99 e nel 1809-14) esautorando il pontefice Pio VII Chiaramonti, esiliato.

Fu un'epoca di spoliazioni determinata da fattori di natura istituzionale e nazionalistica, come i trattati di guerra (Campoformio 1797, Tolentino 1798). Il primo prevedeva la cessione della Repubblica di Venezia all'Austria e, tra l'altro, il trasporto a Parigi dei Cavalli di S.Marco, per essere posti sopra l'Arc de Triomphe. Il secondo prevedeva il trasporto a Parigi delle parte più significativa e dimostrativa del patrimonio artistico romano quale nocciolo costitutivo del museo di Napoleone e del Louvre. Ma l'epoca fu caratterizzata anche da fattori più propriamente commerciali, laddove la città veniva sistematicamente depredata da mercanti e antiquari soprattutto inglesi che si affacciano come figure nuove della modernità e del mercantilismo.



Il trasporto delle opere d'arte da Roma a Parigi.
Incisione. Museo Napoleonico. Roma.

Fu dunque questa confusa fase della storia romana che indusse l'illuminato papa Pio VII Chiaramonti a legittimare la formazione di un quadro di regole per la tutela e la conservazione del patrimonio artistico.

Queste regole furono definite in due circostanze, Dopo la prima restaurazione pontificia con il chirografo di Pio VII del 1802⁵, e nel 1820 dopo la seconda restaurazione del 1815, con l'Editto detto del Cardinal Pacca.

Questi testi restano il punto di avvio della formazione di un quadro giuridico aggiornato in materia di tutela dei beni culturali. Essi sono il frutto delle riflessioni teoriche e delle esperienze pratiche di tutti gli intellettuali che hanno operato nella Roma cosmopolita di quel periodo.

Di WINKELMANN sicuramente ma anche di Raffaello Mengs, primo pittore del Regno delle due Sicilie sotto Carlo III di Borbone, le cui opere furono tradotte (WINKELMANN) e pubblicate (Mengs) dall'abate Carlo Fea, che fu poi l'autore materiale del testo del Chirografo di Pio VII;



CANOVA. Paolina Borghese Bonaparte.

E ancora di Antonio CANOVA, scultore e ritrattista di Paolina Borghese e dello stesso Napoleone, ma anche responsabile pontificio della tutela ed ambasciatore estemporaneo del Papa presso Napoleone e poi presso i governi stranieri infine anche di Quatremère de Quincy, critico e teorico rigoroso seguace ed amico di WINKELMANN.

Sebbene risulti più celebre nella letteratura sull'argomento l'editto del cardinal Pacca del 1820, occorre in realtà far riferimento al testo del Chirografo del 1802 (editto del cardinale Doria Pamphiliy), per individuare i fon-

⁵ V. ROSSI PINELLI O. Ibidem.

damenti teorici ed operativi di una rinnovata ed aggiornata legislazione di tutela.

L'editto del 1820 non fa che riprendere e precisare concetti e strumenti già chiaramente enunciati in precedenza. Conviene quindi esaminare nel dettaglio il primo documento.

Nella sua prima parte riporta quasi testualmente principi enunciati dal WINKELMANN ma soprattutto ripresi e approfonditi dal Quatremère de Quincy e praticati dal CANOVA.

Quatremère de Quincy propose il proprio punto di vista nelle celebri sette «Lettres a Miranda»⁶, lettere di risposta ai quesiti di un immaginario ufficiale (dal nome che possiamo pensare di origine corsa come quello del Bonaparte) «*sur le préjudice qu'occasioneroient aux Arts et à la Science, le déplacement de monuments de l'Art de l'Italie...*»

Per comprenderne il contenuto conviene citarne alcuni brani significativi:

«Il Sapiente WINKELMANN è il primo che abbia portato l'autentico spirito di osservazione in questi studi (...) che abbia riconciliato la storia ai monumenti e confrontato i monumenti tra loro, scoperto caratteristiche sicure, criteri di giudizio e di metodo che, rettificando un gran numero di errori, ha preparato un gran numero di verità. Tornato infine dall'analisi alla sintesi, è riuscito a formare un insieme di quel che altro non era se non un cumulo di macerie: ...»

Dunque il riferimento di base è quello della storia dell'arte del WINKELMANN, da cui vengono tratte tutte le argomentazioni conseguenti tra cui essenzialmente:

«Sarà come membro di questa repubblica generale delle arti e delle scienze, e non come abitante di questa o quella nazione, che discuterò di questo interesse che tutte le parti hanno alla conservazione dell'insieme.»

Con questo si afferma un principio che avrà conseguenze rilevanti nel dibattito sulle responsabilità della tutela. In questo caso l'argomento era rivolto a Napoleone responsabile della vera e propria deportazione a Parigi delle opere d'arte custodite a Roma a conferire prestigio e identità all'impero. CANOVA, grande scultore italiano e ritrattista di Napoleone⁷ aveva fatto tradurre

⁶ V. ANTONIO PINELLI: Le «Lettres a Miranda» di Quatremère de Quincy. In «Ricerche di Storia dell'Arte», N. 8: Storia dell'arte e politica della tutela. Ed. Nuova Italia Scientifica. Roma 1979.

⁷ V. PAVAN M. Antonio CANOVA e la discussione sugli «Elgin Marbles» in: Rivista dell'Istituto Nazionale d'Archeologia e Storia dell'Arte. Nuova serie Anni XXI-XXII 1974-75.

e stampare e divulgare le Lettres. Le fece leggere anche al Papa Pio VI, che le apprezzò. Fu anche ambasciatore del Papa e, in occasione delle sedute di posa presso l'Imperatore, usò gli argomenti proposti dal suo connazionale francese, per tentare di convincerlo — invano — a restituire i beni trafugati a Roma. Il motivo di questa richiesta era così argomentato:

Mille cause riunite hanno concorso a fare dell'Italia una specie di museo generale, un deposito completo di tutti gli oggetti che servono allo studio delle arti. Questo paese è il solo che possa godere di questo specifico privilegio; esso gli deriva dalla natura stessa delle cose: lo deve in parte all'esistenza e alla conservazione di opere d'arte autoctone e di tradizioni dell'antichità, che l'hanno preservato dal contagio totale dell'ignoranza e della barbarie che hanno infettato l'Europa fino al XVI secolo»

«Dividere equivale distruggere... Lo smembramento del museo di Roma sarebbe la morte di tutte le conoscenze, giacché il suo principio è nella sua unità»

Queste argomentazioni sono sostanzialmente riportate nelle premesse del chirografo del 1802 a motivazione dei provvedimenti regolamentari poi riportati. Lo stesso documento indica gli oggetti d'arte che fanno parte dell'insieme.

Il vero museo di Roma, quello del quale io parlo, si compone, è vero, di statue, di colossi, di templi, di obelischi di colonne trionfali, di terme, di circhi, di anfiteatri, di archi di trionfo, di tombe, di stucchi, di affreschi, di basso rilievi, d'iscrizioni, di frammenti ornamentali, di materiali da costruzione, di arredi, di utensili (etc.,etc.,)

Non sono soltanto gli oggetti importanti ma anche tutto ciò che è di contorno.

Conosciamo meglio quel che il bello non è, che non quello che esso sia. Analogamente, vi è nelle opere di secondo piano dell'antichità, collocato accanto a quelle eccellenti, una capacità dimostrativa, una virtù istruttiva che i capolavori non saprebbero procurarci.»

Il contesto è quello che ci consente di comparare, valutare e comprendere cosicché occorre porre attenzione anche al luogo ovvero al territorio di riferimento.

«...ma si compone altresì di luoghi, di paesaggi, di montagne, di strade, di vie antiche, di posizioni rispettive delle città dissepolte, di rapporti geografici, di reciproche relazioni tra tutti i reperti, di memorie, di tradizioni locali, di

usanze ancora in vita, di paragoni e di raffronti che non possono che farsi sul posto.»

Questo tema verrà solo enunciato nei documenti giuridici conseguenti, e sarà ripreso soltanto, come vedremo 150 anni dopo con la legislazione di tutela del paesaggio introdotta nell'Italia unitaria nel 1939.

Le cause fisiche o morali che hanno prodotto queste varietà locali nella maniera di vedere e imitare la natura, sarebbero senza dubbio un soggetto di ricerche molto singolare o filosofico in una storia delle arti ...

Quest'ultima argomentazione volta a riconoscere le diversità del contesto unitario dell'Italia nel suo insieme, sembra anticipare, come vedremo, una problematica che, nell'Italia repubblicana regionalizzata contemporanea è di forte attualità.

Le lettere riassumono tutto quanto sarà poi fatto in materia di tutela.



L'Abate Carlo Fea.

Il chirografo del 1802⁸ redatto dall'Abate Carlo Fea che si qualificava come «Avvocato» è infatti introdotto da una lunga premessa cui seguono una serie di severe norme tutte volte a contenere il processo di spoliazione del patrimonio e del contesto culturale romano. La premessa così recita:

La conservazione dei Monumenti, e delle produzioni delle Belle Arti, che ad onta dell'edacità del tempo sono a noi pervenute, è stata sempre considerata dai Nostri Predecessori per uno degli oggetti i più interessanti, ed i più meritevoli delle loro impegnate previdenze. Questi preziosi avanzi della culta Antichità forniscono alla

⁸ Il Chirografo del 1802, come altri provvedimenti di tutela dello stesso periodo sono pubblicati e discussi in: Emiliani A. Leggi bandi e provvedimenti per la tutela dei bei artistici e culturali negli antichi stati italiani 1571-1860. ed. Alfa, Bologna, 1978.

Città di Roma un ornamento, che la distingue tra tutte le altre più insigni Città dell'Europa; somministrano i Soggetti li più importanti alle meditazioni degli Eruditi, ed i modelli, e gli esemplari i più pregiati agli Artisti, per sollevare li loro ingegni alle idee del bello, e del sublime; chiamano a questa Città il concorso dei Forastieri, attratti dal piacere di osservare queste singolari Rarità; alimentano una grande quantità d'Individui impiegati nell'esercizio delle Belle Arti; e finalmente nelle nuove produzioni, che sortono dalle loro mani, animano un ramo di commercio, e d'industria più d'ogni altro utile al Pubblico, ed allo Stato, perché interamente attivo, e di semplice produzione, come quello che tutto è dovuto alla mano, ed all'ingegno dell'Uomo. Nel vortice delle passate vicende, immensi sono stati li danni, che questa Nostra diletteissima Città ha sofferti nella perdita dei più rari monumenti, e delle più illustri Opere dell'Antichità.

Sulla base di queste premesse vengono poi articolate una serie di regole che sono sinteticamente le seguenti:

1. Proibizione dell'estrazione di qualunque statua bassorilievo... pitture antiche ... segate o levate dai muri... mosaici vasi detti etruschi vetri generalmente lavori di grande o piccolo modello che sono conosciuti sotto il nome di antichità, pubbliche o private, Sacre, o Profane, niuna eccettuata ancorché si trattasse di semplici frammenti; Lapidi iscrizioni o Cippi Urne candelabri Lampada Olle sarcofagi...; opere asportabili di Architettura...colonne Capitelli...
2. Proibizione dell'estrazione di Pitture in tavole o tela
3. Tutti gli oggetti di cui sopra non possono essere esportati fuori dallo stato senza autorizzazione dei responsabili della tutela
4. Sanzioni per gli esportatori e loro complici.
5. Potranno essere venduti per essere collocati all'interno dello stato previa autorizzazione.
6. Tutti gli altri oggetti che non fanno parte delle categorie elencate possono essere venduti ed esportati solo con autorizzazione del Commissario per le Antichità e dei suoi assessori cui è dato onorario fisso ed è proibito ogni altra gratificazione...
7. Proibizione di spezzare mutilare fondere ecc.
8. Divieto di rimuovere gli arredi delle chiese.
9. Divieto di rimuovere oggetti da edifici privati
10. Divieto di asportare quadri

11. Denuncia di collezioni ed oggetti privati per la formazione di un catalogo
12. Divieto di demolizione di edifici per riuso di materiali
13. Obbligo di denuncia di ritrovamenti.

Come si vede anche da queste sommarie note l'oggetto della tutela non è limitato alle sole sculture dell'antichità ma interessa l'intero sistema della produzione artistica analizzata classificata e in qualche maniera catalogata dalla stessa legge, che nel suo insieme riporta a sintesi, ovvero al contesto, la descrizione analitica.

Il vero contenuto innovativo di questo testo fondamentale di riferimento sta proprio in questa magnifica sintesi, che sarà alla base di ogni successiva elaborazione.

In sostanza la legislazione configura la istituzionalizzazione della figura del Conservatore delle Antichità e dei suoi collaboratori, della costituzione di commissioni di esperti, della definizione precisa dei loro compiti sostanzialmente rivolti a individuare le opere d'arte a classificarle e soprattutto a valutarne l'importanza al fine di determinare se dovesse essere vincolata a far parte del contesto o potesse essere rimovibile e di fatto commerciabile.

Il testo è anche in qualche maniera ben radicato nel contesto della cultura politica contemporanea se è vero che mostra consapevolezza del fatto che una parte consistente del patrimonio artistico appartiene ai privati la cui facoltà di disporre dello stesso viene in qualche maniera indirizzata e circoscritta, essenzialmente secondo due direzioni: (a) conservare e quindi non manometterete ne smembrare; (b) conservare nel contesto ovvero nella collezione e/o nel territorio.

L'obbligo di fornire l'elenco delle opere in proprio possesso mira all'ampliamento dell'idea del catalogo oltre il confine dei musei pubblici e oltre la pura elencazione, per divenire strumento di promozione del mantenimento dell'unità sistemica del patrimonio storico artistico.

Tutto ciò corrisponde al fatto che lo stesso Carlo Fea, avvocato, estensore del testo, ebbe a fronteggiare da una parte la irresponsabilità degli stessi gestori dei beni ecclesiastici, dall'altra l'aggressività degli antiquari esportatori, soprattutto inglesi, che operavano per conto di privati collezionisti, di istituzioni museali pubbliche e private in formazione, entro una logica liberistica più o meno moderata dal riconoscimento di alcuni interessi collettivi, tra cui sicuramente si annoveravano quelli del diritto all'accesso alle opere d'arte, nel quadro della promozione dell'educazione e della cultura.

La vera disputa insita dietro a questi provvedimenti sta nel fatto che la pubblica istituzione si riserva il diritto di considerare non pienamente disponibile, per il privato possessore, il bene culturale, qualora rivesta determinate caratteristiche, di interesse generale, quali quelle enunciate dal WINKELMANN, dal Quatremère de Quincy, dal CANOVA.

Evidentemente questa affermazione di principio urtava fortemente con il principio della libera disponibilità e commerciabilità dei beni che con la restaurazione post rivoluzionaria si andava affermando e consolidando.

Nello Stato Pontificio poi urtava anche coraggiosamente contro il principio della libera disponibilità del patrimonio artistico dei beni ecclesiastici da parte dei responsabili della loro gestione.

Ancora oggi di fatto nelle aule giudiziarie si contesta il diritto dello Stato a limitare e a circoscrivere la disponibilità di beni ritenuti di interesse culturale, in nome degli interessi della collettività

Come possiamo leggere in questi significativi documenti, e come è spesso anche strumentalmente stato già osservato, tutto l'interesse istituzionale è tradotto da una parte in una attività di riconoscimento e dall'altra nell'assicurare con lo strumento del divieto di rimozione il mantenimento della unità del sistema dei beni culturali e a garantirne la integrale comprensione.

LA CONSERVAZIONE ED IL RESTAURO

Se l'opera dei pionieri di cui ho parlato si fosse limitata al solo divieto, si sarebbero forniti innumerevoli argomenti ai fautori della manomissione dell'insieme e della frammentazione e mercificazione delle parti componenti il patrimonio artistico italiano.

Si deve invece al Papa Pio VII Chiaramonti come a molti suoi predecessori, l'aver accompagnato la promozione della regolamentazione anche con attività di conservazione intendendo con questo la realizzazione di opere diverse ed articolate che vanno dalla semplice manutenzione, all'arresto di processi di degrado, crollo ecc., ad attività di restauro, di ripristino e di integrazione.

Tutte queste voci comportano approcci e orientamenti culturali diversi che si sono fin da allora severamente confrontati e che, dobbiamo dirlo, non hanno trovato finora indirizzi unanimemente condivisi.

La stessa immagine del Colosseo, che conviene guardare di nuovo, illustra la diversità degli approcci:



Raffaele Stern. Restauro del Colosseo.

Una volta consolidata la scelta su incarico di Pio VII di conservare il monumento, fino allora oggetto di veri e propri scavi per il prelievo di materiali per la costruzione di nuovi edifici, vediamo due diverse soluzioni di arresto dei crolli delle arcate esterne.

L'architetto Raffaele Stern congela in un enorme e suggestivo contrafforte in muratura, le pietre cadenti della costruzione originaria, quasi a prefigurare indirizzi romantici di tipo Ruskiniano⁹ che verranno formulati molti anni più tardi. Dopo la sua morte invece, il suo vecchio maestro l'architetto Valadier gli succede nell'opera e ricostruisce all'altro estremo dell'anello interrotto nuove arcate eseguite secondo il disegno presistente, anche se con mattoni decisamente distinguibili dalle pietre originarie.

I termini della discussione sulla conservazione, che attraversano ancora oggi tutto l'inconcluso dibattito sul restauro e la tutela del patrimonio architettonico, è dunque già allora integrato nell'immagine del Colosseo.

⁹ RUSKIN, che scriveva molti decenni dopo, in: *Seven Lamps of architecture*. London 1849, ebbe a suggerire che: «è impossibile restaurare», Che «il bello è vederli [i monumenti] morire.» e ancora che basterà un sostegno per ritardarne la fine.



G. Valadier. Restauro del Colosseo

Pur non essendo questo l'argomento di queste note, non si può fare a meno di ricordare le accese discussioni avvenute nel contesto della cultura romantica dell'epoca in Francia pochi anni dopo, che hanno visto fronteggiarsi tra gli altri il VIOLLET LE DUC¹⁰, restauratore di Notre Dame a Parigi fautore del restauro come: «ristabilirlo [il monumento] in uno stato completo che può non essere mai esistito in un momento dato»¹¹ e Victor HUGO¹² fautore del rispetto del monumento come sedimento rappresentativo della lunga storia del monumento.

* * *

Questa relazione deve riferire anche degli altri Stati italiani pre-unitari. Per necessità di sintesi conviene riferire che orientamenti analoghi a quelli

¹⁰ V. EUGÈNE VIOLLET LE DUC. (1814-1879) restauratore della cattedrale di Notre dame a Parigi, Capo dell'ufficio dei monumenti storici francesi.

¹¹ E. VIOLLET LE DUC. Dictionnaire raisonné de l'architecture française. Tome VIII. «Restauration» Paris 1865.

¹² Victor HUGO. (1802-1885) ebbe modo di illustrare il suo punto di vista nel contesto del romanzo: «Notre Dame de Paris» pubblicato nel 1831 in tre capitoli intitolati: Nôtre Dame; Paris a vol d'oiseau; Ceci tuera cela.

dello Stato Pontificio, ancorché poco operanti, si rintracciano anche nel Regno delle due Sicilie, al quale peraltro si è già accennato. Gli orientamenti e gli indirizzi seguiti derivano dalle stesse radici di quelle costruite a Roma. Il territorio dell'antichità greca è sicuramente quello del regno delle due Sicilie, che comprende l'intera «magna Grecia», un sistema straordinario di insediamenti-colonie su cui ancora oggi è fondata l'identità del Sud italiano. L'avvio degli scavi di Ercolano e Pompei, scoperta nel 1748, insieme alla costituzione del Museo Archeologico realizzati da Carlo III di Borbone, figlio di Filippo V di Spagna, Re di Napoli dal 1734, restano ancora oggi il contributo fondamentale alla costruzione di una politica della tutela del patrimonio culturale. Gli eventi successivi alla sua partenza da Napoli per assumere il regno di Spagna, vedono il progressivo decadimento di quel Regno che ha condotto all'avvio del processo di unificazione dell'Italia. E tuttavia le regole del Regno contenute in un bando del 1755, che interessava tutte le componenti del patrimonio storico artistico e mirava a preservarle dalla spoliazione ed esportazione sotto il controllo di apposite commissioni di esperti, reiterato e integrato periodicamente, sono restate in vigore fino alla unificazione e oltre.

Particolare attenzione fu posta peraltro al problema della tutela e conservazione dei beni culturali della Sicilia, un Regno nel Regno, scoperta come un caso a sé, dai viaggiatori del «Grand Tour». Nel 1778 vengono nominati due regi custodi affinché¹³:

«(...) tutte le antichità sparse nel Regno di Sicilia si conservino per quanto è possibile e non restino alla discrezione del tempo esposte senza esservi chi ne abbia cura, perciò (...) formino un Piano per uno (...)»¹⁴.

Anche il granducato di Toscana vantava una attività di resistenza allo smembramento del patrimonio artistico. Molti documenti mirano a precludere l'esportazione di dipinti che sono classificati secondo il nome degli autori (Michelangelo... ecc.). Significativi sono anche gli atti relativi alla tutela del patrimonio archeologico, che nel caso specifico era quello dell'Etruria, tra cui le sculture di alabastro della zona di Volterra. Anche in Toscana le responsabilità operative sono delegate a commissioni di esperti.

La Repubblica di Venezia vanta invece una tradizione di tutela del patrimonio dei dipinti. Ma il «vulnus» più grave subito dalla città, consistette

¹³ V. TOMASELLI FRANCO. Il ritorno dei Normanni. Officina edizioni. Roma 1994. Si trattava del P.pe di Torremuzza per la Val di Mazzara (Sicilia occidentale) e del P.pe di Biscari per la Val Demone e val di Noto (Sicilia orientale)

¹⁴ Ibidem.

nella deportazione dei Cavalli di S. Marco a Parigi ad opera di Napoleone, effettuata contestualmente alla liquidazione della Repubblica. I cavalli furono poi restituiti durante il dominio austriaco a seguito della definitiva sconfitta di Napoleone nel 1815 (trattato di Campoformio).

Nella Lombardia le politiche di tutela sono prevalentemente volte a promuovere la responsabilizzazione dei possessori delle opere d'arte più che ad emanare specifiche regole.

Il regno di Piemonte e Sardegna non pare interessato al problema rispetto a specifici contesti e presenta pochissima attività di regolamentazione, limitata di fatto alla costituzione di una commissione consultiva con compiti positivi in materia.

DOPO LA FORMAZIONE DELLO STATO UNITARIO

Dopo la realizzazione dell'unità per lungo tempo l'attenzione per il patrimonio artistico fu tenuta in secondo piano e fu sostanzialmente lasciata alla gestione secondo le regole degli stati preunitari.

I primi provvedimenti del nuovo Stato consistono nella costituzione di una Commissione delle Belle Arti con il compito di riferire al Ministro (1866 e 1870). Nel 1875 si disponevano sanzioni contro lo smembramento delle collezioni. Nel 1881 viene istituita la Direzione Generale delle Antichità e Belle Arti (BBAA) nell'ambito del Ministero della Pubblica Istruzione. Fin da allora viene ripresa e promossa l'attività di catalogazione con la costruzione di un «Catalogo generale degli oggetti d'arte del Regno». Nel 1892 viene istituito un «gabinetto fotografico» a Roma e nel 1906 a Firenze.

La tutela e la gestione delle biblioteche e degli archivi restano governati da leggi ed apparati amministrativi separati.

La prima vera legge di tutela dei beni artistici è del 1909 ed è soprattutto il suo regolamento di attuazione emanato nel 1913, che disciplina dettagliatamente le modalità di intervento, ricalcando nelle linee generali la legislazione pontificia, identificando le categorie dei beni tutelati, disponendone la catalogazione, affidandone l'attuazione agli organismi consultivi centrali e periferici dello Stato (Consiglio Superiore delle AABBA e Soprintendenze, istituiti con legge n. 386 del 1907).

Successivamente si segnala la Legge 11/96/1922 per affrontare un problema irrisolto fin dai tempi del papa Pio VII°, ovvero quello del contesto territoriale paesaggistico, pur proposto nelle «Lettres» del Quatremère de Quincy. Questa legge, pure innovativa, apriva la strada al tema irrisolto del

riconoscimento del paesaggio come contesto fisico giuridicamente disciplinabile. Allora fu affidato al «prudente arbitrio»¹⁵ del Ministro dell'Educazione Nazionale, che si affidava al parere dei funzionari della direzione delle AABBA. La legge risultò di difficile applicazione, tanto da non essere di fatto applicata fino al 1939.

Nel 1939 lo Stato si dà una nuova più organica legislazione con due leggi: la L. n. 1089 sul patrimonio artistico per la cui attuazione vale ancora il Regolamento del 1913; la L. 1497 sulle Bellezze d'insieme ed il Paesaggio. Inoltre nel 1939 viene istituito l'Istituto centrale per il Restauro, ICR, organismo tecnico specialistico destinato ad assumere un ruolo rilevante.

La prima legge riguarda le «cose» e definisce con maggiore chiarezza e soprattutto con garanzie per i proprietari le procedure per il riconoscimento degli oggetti ed immobili aventi valore artistico da inserire in appositi «elenchi». L'inclusione negli elenchi costituisce di fatto un vincolo giuridico sugli oggetti. Gli elenchi tuttavia per lo stesso procedimento di costruzione contengono un numero relativamente ridotto di oggetti: La vera ricognizione dell'intero patrimonio italiano è demandata ad un più vasto programma di catalogazione per il quale solo nel 1969 verrà istituito un ufficio responsabile.

La seconda legge riguarda invece le «bellezze d'insieme» e secondo lo stesso Ministro proponente Bottai¹⁶ si era resa necessaria per rendere più chiara la legge del 1922. La lettura della lunga relazione del Ministro probabilmente ispirata da alcuni giovanissimi funzionari storici dell'arte da poco entrati in servizio presso il ministero dell'Educazione Nazionale¹⁷, è particolarmente illuminante ed aggiorna significativamente lo stato delle riflessioni sull'argomento. Alcuni brani possono meglio illustrare i termini del problema:

«Si erano avvertite (...) queste deficienze: Una definizione troppo sommaria e non sufficientemente comprensiva; l'assenza di qualsiasi norma circa la procedura da seguire per il *riconoscimento della bellezza* da proteggere, così che gli interessi della proprietà apparivano spogli delle necessarie garanzie; la mancanza di un coordinamento chiaro ed efficace dell'azione del Ministero dell'educazione nazionale con quella del ministero dei lavori pubblici in

¹⁵ Così si esprimeva nella Relazione alla Camera dei deputati il ministro dell'educazione Bottai il 15 Maggio 1939. in: note a commento del testo della legge 29 Giugno 1939 n 1497. Gazzetta Ufficiale n. 241 del 13-14 Ottobre 1939.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Si tratta in particolare di Cesare Brandi, poi direttore dell'Istituto de Restauro (1939-1960) storico dell'arte, scrittore e poi docente, di G. C. ARGAN, storico dell'arte, poi docente, e Sindaco di Roma nel 1976-80, di Bruno Molajoli architetto, Direttore Generale delle AABBA per i lunghi anni del dopoguerra, Paolo Rosi Ispettore centrale del Ministero nel dopoguerra.

tema di piani regolatori, mediante i quali accadeva che *legittimamente* si distruggessero quelle bellezze naturali che la legge voleva protette, ossi conservate, (...).»

(...) Bellezze naturali individue e Bellezze naturali d'insieme sono difficili da definirsi entrambe. Tuttavia, sul significato delle prime è più facile l'accordo. Per contro, il significato di una *naturale bellezza d'insieme* malamente si presta ad essere sicuramente espresso e giuridicamente definito. V'è dentro tanta incertezza quanta ne trasferisce il concetto stesso di bellezza. Ma v'è in più una incertezza per così dire obiettiva che è l'incertezza della delimitazione materiale. Sono due domande che rendono sommariamente perplessi: v'è una naturale bellezza d'insieme i cui caratteri siano riconoscibili universalmente così che a tutti egualmente si imponga? Dove passa il nastro ideale che delimita tutto intorno la proteggibile bellezza panoramica o paesistica e la distingue da quella che non è più bellezza (...) degna di protezione? (...)

Si è stabilita (...) una particolare procedura durante la quale è favorita la discussione fra gli opposti interessi e le discordi concezioni (...):

Ancora dunque il tema delle limitazioni alla disponibilità della proprietà in nome della collettività.

La legge introduce dunque l'idea della tutela delle «cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale»; «le ville, i giardini e i parchi che (...) si distinguono per la loro non comune bellezza»; «Complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale»; «Le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze.» Anche di queste cose si compilano elenchi ufficiali che comportano l'acquisizione di una autorizzazione da parte delle Soprintendenze, distinta da quelle urbanistiche.

Queste due leggi molto importanti sono approvate dal Parlamento poco prima che l'Italia fosse sconvolta dalla seconda guerra mondiale le cui distruzioni avranno un pesante impatto sul patrimonio artistico, e da una devastante guerra civile che ha portato alla costituzione della Repubblica e all'approvazione della nuova Costituzione.

La Costituzione contiene tra l'altro l'articolo 9 che sancisce la responsabilità della Repubblica nella tutela del Patrimonio storico artistico. Questa affermazione di principio avrà un rilievo importante negli anni successivi quando si discuterà del decentramento amministrativo e della autonomia regionale (prevista anch'essa dalla nuova Costituzione ed attuata a partire dal 1975).

Questi strumenti messi a punto prima della guerra, sono quelli con cui l'istanza della tutela dei beni culturali si è confrontata con la ricostruzione postbellica.

Come s'è già riferito la nuova Costituzione repubblicana (1948) assume e formalizza l'istanza nei suoi primissimi articoli.

Non c'è alcun dubbio che l'esistenza dell'Istituto Centrale del Restauro e soprattutto il fatto che fosse diretto dalla forte personalità di Cesare Brandi dal 1939 al 1960, Storico dell'arte, autore di una memorabile e mai seriamente contestata teoria del restauro¹⁸ che riassume la esperienza drammatica del restauro di inestimabili monumenti ed opere d'arte apparentemente perduti a seguito di bombardamenti, come gli affreschi padovani di Giotto tra tutti. L'esperienza maturata in queste operazioni urgentissime e prioritarie realizzate con l'intendenza dell'Istituto, poi diretto da altri illustri esperti, che lì si erano formati, costituisce un reale e prestigioso patrimonio della cultura italiana.

Anche la più generale opera di ricostruzione delle città storiche danneggiate dalla guerra ha costituito un serio banco di prova per gli organismi di tutela, per i quali lo Stato non ha mai destinato adeguate risorse. La ricostruzione (in senso letterale) ha avuto una stagione molto breve, si potrebbe dire di primo soccorso, se è vero che nel primo dopoguerra le città italiane si sono dovute confrontare con due complementari tendenze conseguenti la scelta politica di ammodernare le città vecchie (ovvero malsane e male attrezzate) risolta inizialmente con procedimenti di sostituzione edilizia e urbanistica, chiamati impropriamente «ricostruzione», spesso confusi con gli obbiettivi del «risanamento» già praticati alla fine dell'800, secondo il modello detto dello «sventramento»¹⁹, e successivamente con una politica di ampliamento oltre le vecchie mura, effettuata quasi sempre oltre misura, al punto di generare l'abbandono ed il conseguente degrado complessivo delle aree storiche.

¹⁸ BRANDI CESARE. Teoria del restauro. Ed. Einaudi Torino, 1963, 1977.

¹⁹ Ne 1884, la scrittrice giornalista Matilde SERAO teneva una rubrica sul giornale «Capitan Fracassa» di Roma, intitolata: «il Ventre di Napoli», poi pubblicato in un volume. Lo stesso anno vi fu una devastante epidemia di colera. La città fu visitata dal Re e dal primo ministro Agostino DEPRETIS che dichiarò: «Bisogna sventrare Napoli!». Lo «sventramento» è il titolo del grande progetto di «Risanamento» di Napoli, con costruzione di un «rettifilo» proposto nel 1885 ed attuato in gran parte già nel 1895. Nel 1904 la SERAO ripubblicò gli articoli con aggiunte tra cui un capitolo intitolato «il paravento» in cui rilevava che il Rettifilo non aveva risolto il problema del «Risanamento».

Negli anni '60, il sistema dei Beni Culturali viene travolto dalla irruenza dello sviluppo economico, che era accompagnato dal progredire e il prevalere di una convinzione, pure discutibile, secondo cui il «vecchio» era il luogo della miseria e del malessere e che lo sviluppo economico contingente consentiva di superarlo con insediamenti nuovi. Anche tra gli esperti trovava spazio qualche tentativo di contrapporre «storico» (da conservare nella memoria, ma non necessariamente nella fisicità)²⁰ e «antico» e per questo meritevole di conservazione, che metteva in discussione l'idea di contesto o di territorio. Fu anche allora che la debolezza del ruolo dell'amministrazione delle AABBA cominciò manifestarsi con evidenza.

I tentativi dei Soprintendenti di evitare trasformazioni giudicate inopportune sono spesso incorsi in dispute giudiziarie tendenti a delegittimare l'idea del «bello» che i tribunali amministrativi giudicavano non sufficientemente oggettiva e troppo esposta alla discrezione (il «prudente arbitrio» riscontrato dal ministro Bottai) e alla sensibilità dei funzionari.

Una lunga serie di sentenze di delegittimazione dell'opera dei funzionari tecnici esperti, fondate sulla contestazione della discrezionalità delle loro valutazioni (per l'inserimento di cose e insieme negli elenchi), rivelano che prevale una tendenza a censurare la loro opera in nome di criteri tecnico giuridici di tutela della libera disponibilità della proprietà altrettanto impertinenti. D'altra parte l'opinione pubblica sensibile e le associazioni che la rappresentano denunciano le enormi perdite in termini di patrimonio culturale che, a fronte della paralisi operativa dei servizi di tutela, lo sviluppo economico degli anni '50 e '60 comporta.

Il Parlamento istituisce nel 1964 una Commissione d'indagine sul patrimonio culturale. La commissione Franceschini dal nome del suo presidente, fu assistita da tutti i più illustri esperti italiani. storici dell'arte, archeologi, archivisti, bibliotecari, giuristi. Produsse nel 1967 un ponderoso rapporto²¹ con una dettagliata ricognizione dei problemi del patrimonio culturale, accreditando definitivamente la nozione di «Bene culturale» e fornendone delle precise definizioni in 57 «dichiarazioni». Il rapporto formulava anche con altre «dichiarazioni» alcune proposte di riordino di tutto il sistema della tutela.

²⁰ Anche questa è idea diffusa con la modernità: non soltanto è implicita nel «bono ma non singolare» di WINKELMANN. Anche il Piranesi, ingegnere veneziano, rappresentò, nella seconda metà del '700, tra i primi con le moderne proiezioni descrittive di Monge, le antichità romane per conservarne memoria prima della definitiva scomparsa, ma anche l'Archeologo Rodolfo Lanciani, alla fine dell'800, trovò naturale limitarsi a descrivere i reperti archeologici distrutti dall'espansione urbana di Roma capitale del nuovo stato, per conservarne memoria.

²¹ «Per la salvezza dei beni culturali in Italia» 3 voll. Ed. Colombo Roma, 1967.

Ne nasce una nuova discussione sulla natura di una futura amministrazione che molti vogliono ancora istituzionale e governativa, ed altri vogliono sotto forma di Azienda con capacità operative autonome.

La scelta del governo consiste nello scorporare tutte le Direzioni (AAB-BAA, Biblioteche, Archivi) dai rispettivi Ministeri (Pubblica Istruzione e Interno) istituendo un «Ministero dei Beni Culturali e Ambientali». (1975). In questa occasione viene anche reso autonomo un Istituto Centrale del Catalogo e la Documentazione (ICCD) già istituito nel 1969.

Da allora si assiste ad un lento ed incerto procedere di possibili organiche e coordinate politiche della tutela del patrimonio culturale in Italia, cui si sostituiscono gradualmente, politiche di intervento puntuale, ed occasionale.

Progressivamente si apre la strada alla concezione del patrimonio culturale come «risorsa economica», e si giunge alla fine degli anni '70 a definire il patrimonio come «giacimento culturale « da sfruttare come se fosse una miniera.

LA TUTELA DEI «CENTRI STORICI»

Come riferito, fin dal 1939 era stata introdotta nella legislazione italiana la tutela delle «Bellezze d'insieme». Anche se i Centri storici possono essere e sono in realtà considerati Bellezze d'insieme questa definizione non risultava esauriente per contesti propriamente «urbani» diversi da quelli «naturali» cui si riferisce esplicitamente la legge sul paesaggio. L'esperienza dell'applicazione di questa legislazione lo aveva dimostrato.

La questione dei «Centri Storici» italiani nasce anch'essa, come si è detto poc'anzi, dal carattere irruente dello sviluppo economico del dopoguerra e non è certo risolta neanche oggi. In ogni caso in questo contesto fin dal dopoguerra, ancora la tutela si è configurata soprattutto in una opera di resistenza contro trasformazioni indebite.

Tentativi di soccorso sono allora venuti dalle regolamentazioni dell'urbanistica, che gradualmente hanno incorporato nella tradizionale nozione neutra di «zona urbanistica» la specifica zona «Centro Storico»²².

²² Nel 1960 tutti i più accreditati urbanisti italiani si riuniscono a Gubbio per discutere del tema della tutela di «Centri Storici». Ne scaturisce un documento, La cosiddetta «Carta di Gubbio», sintetica quanto estremamente significativa oggi, considerata come l'origine di una specifica attenzione istituzionale al tema. Ne nasce un emendamento alla legge urbanistica del 1942, in cui si riconosce «ope legis» l'esistenza di una zona «centro storico» (1968).

La legge sulla tutela del paesaggio è stata precisata nel 1985 laddove le «cose» di interesse paesaggistico venivano classificate non tanto come «bellezze» quanto invece come «risorse» oggettive e chiaramente identificabili: coste e rive dei fiumi, boschi, giardini storici, centri storici, paesaggi montani naturali ed agricoli opportunamente perimetrati, venivano riconosciuti come soggetti a tutela «Ope Legis». Tutti da assoggettare a speciali piani territoriali e paesaggistici, in un intreccio complesso con la pianificazione urbanistica.

Ciò ha comportato l'apertura di nuovi fronti di discussione laddove la responsabilità della pianificazione urbanistica tendeva ad essere tutta «trasferita» alle responsabilità dei Governi Regionali, istituiti nel 1975 e degli Enti Locali, mentre la pianificazione paesaggistica veniva soltanto «delegata» alle stesse Regioni, in omaggio al principio costituzionale della responsabilità statale.

Una conflittualità latente tra visioni centralistiche e visioni localistiche sull'assetto territoriale e paesaggistico non è stata risolta con queste scelte ed è tuttora in atto.

La strada da percorrere sembra essere quella di un procedimento di cooperazione istituzionale che confronti e risolva l'istanza statale e quella locale, che non sono sempre compatibili. Molto spesso abbiamo visto Enti locali proporre traumatiche trasformazioni urbanistiche in nome di interessi locali non conciliabili con gli interessi culturali «vasti».

Basterà pensare ad un solo esempio tra tanti, ovvero al dramma della vera e propria distruzione del paesaggio della mitica valle dei Templi della Agrigento (Girgenti greca), che fu meta indispensabile ed irrinunciabile del «Grand Tour» degli intellettuali illuministi che ne discutevano, è bene ricordarlo,

«come membro di questa repubblica generale delle arti e delle scienze, e non come abitante di questa o quella nazione» (Quatremère de Quincy).

Quella valle è ora ridotta e sfigurata per volontà degli Enti locali e del governo regionale che non sono capaci di prefigurare un futuro, che non sia quello di assecondare una appropriazione indebita di valori che appartengono all'umanità, da parte di interessi particolari, che sicuramente potrebbero essere soddisfatti altrimenti.



Agrigento. Il territorio conteso.

La disputa sul rapporto tra pubblico e privato che già si era aperta con la restaurazione borghese successiva alla rivoluzione Francese, è perfettamente leggibile nella vicenda della tutela dei Beni Culturali, laddove e fino a quando è stata praticata l'idea mediata della disponibilità dei beni in proprietà entro limiti compatibili con l'interesse delle collettività.

La stessa Costituzione della Repubblica Italiana presenta una chiarissima quanto precisa indicazione nell'articolo 42 che recita:

«La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e *i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale* e di renderla accessibile a tutti.» (corsivo dr)

Questa disputa si tramanda fino ai nostri tempi laddove l'interesse di collettività vaste o addirittura vastissime (la repubblica delle arti e delle scienze) a che i luoghi mantengano la testimonianza della storica formazione della loro identità, diversità e carattere, viene subordinato agli interessi delle rappresentanze delle collettività locali. Queste spesso, favorite da politiche di indebolimento istituzionale (di deregolamentazione), si trasformano da portatrici di valori autonomisti (ovvero di rappresentanza e tutela delle identità locali) a portatori di valori referenti di interessi e modelli estranei, trasmessi per canali di informazione troppo sintetici e semplificatori per rappresentare realmente uno sguardo locale.

Recentissimamente lo Stato italiano ha scelto di limitare la propria attività alla razionalizzazione della normativa esistente scegliendo di riunirla in un Testo Unico coordinato e rinunciando ad ogni possibile intenzione verso un reale rinnovamento. Questo testo²³ riporta e coordina ciò che già era, con qualche ulteriore cedimento verso la deregolamentazione, ed invece di essere strumento di più agevole e snella operatività (ovviamente per l'opera di tutela, non quella di rinuncia), costituisce un sostanziale passo indietro.

Nell'ambito di una riflessione sulla tutela dei beni culturali in rapporto alla contrapposizione pubblico-privato, è opportuno ricordare come negli ultimi tempi in Italia si sia sempre con maggiore insistenza accreditata l'opportunità di cedere ai privati la gestione e spesso anche la proprietà di beni culturali, sulla base della presunzione che fosse così realizzabile una loro migliore conservazione e valorizzazione. Questa scelta viene giustificata dalla vastità del patrimonio culturale del paese a fronte della esiguità delle risorse da destinare alla sua conservazione.

E' di questi giorni (giugno 2002) il trasferimento di tutti i beni culturali immobiliari oltre a quelli del demanio pubblico ad una nuova società chiamata «Patrimonio spa», al fine di contabilizzarne il valore economico nel bilancio dello Stato e eventualmente cederli ai privati perché vengano valorizzati. Tra questi beni c'è anche il Colosseo, anche se ci si affretta a precisare che la responsabilità di cederlo non sarebbe in questo caso esercitata.

Il Presidente della Repubblica, nel promulgare questa legge, sollecitato dalle organizzazioni associative ambientaliste, ha ritenuto di richiamare il governo all'obbligo di non cedere il patrimonio artistico che appartiene alla nazione, richiamandosi implicitamente al dettato costituzionale. Nonostante questo molti si domandano come questo potrà ora essere realizzato.

²³ Decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490. Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della legge 8 ottobre, n. 352.

LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS (1858-1936)

Pedro López Gómez
Universidad de A Coruña

1. INTRODUCCIÓN

Cuando los políticos españoles legislaron, a lo largo del s. XIX, para organizar los archivos, bibliotecas y museos del Estado, y crearon un cuerpo especializado de funcionarios para atenderlo y un centro docente para formar a estos especialistas, no sabían que estaban poniendo las bases del **sistema español de información**. Y no lo sabían por dos motivos: 1.º porque la teoría general de sistemas es una elaboración científica de mediados del s. XX¹, y 2.º porque los sistemas nacionales de información (basados en la teoría anterior complementada con la teoría de la organización), y de los que forman parte **los archivos**, se conciben desde las instancias internacionales, en torno a los años 70.

Por consiguiente, los políticos y legisladores españoles no utilizaron la palabra sistema, ni sistema de información, ni sistema de archivos, porque no sabían de su existencia conceptual; sí van a utilizar, en cambio, la palabra **nación**, y nación española, para delimitar un colectivo, no en un sentido étnico, como es de uso frecuente en la actualidad, sino al pueblo unido por unos textos legales y sujeto al mismo devenir histórico. Y hablarán de **historia nacional**, historia de los pueblos, que tienen sus raíces en la época medieval, historia que es preciso avalar con **documentos** significativos, con los que se realizan y publican grandes colecciones diplomáticas; documentos que están

¹ La Teoría General de Sistemas (TGS) fue enunciada por Ludwig von BERTALANFFY en 1947, en el campo de la biología, coincidiendo con un cambio de diferentes corrientes científicas, pero aplicable a varios campos de conocimiento. Ha dado lugar a innovaciones en psicología, en psiquiatría, en ciencias sociales, a la teoría de la relatividad en física, y a la teoría de conjuntos en matemáticas, etc. BERTALANFFY, Ludwig von. «General Systems Theory. A critical Review», en: *Modern Systems Research for the Behavioral Scientist*, edit. By W. Buckley. Chicago: Aldine, 1968, págs. 11-30, cit. Por DS, Anthoy; HORNE, Esther y CRONENWETH, Scott. *Information Science. An integrated view*. Boston: G.K. Hall & Co., 1988, págs. 2-7, citado a su vez por LÓPEZ YEPES, José. «El desarrollo de los Sistemas de Información y Documentación». En «Tres lecciones sobre Documentación general». Cuadernos EUBD, v. 1, n. 2 (1991) 23-33, pág. 24.

en **archivos históricos**, necesarios para la investigación histórica que a su vez produce la **historiografía** que respalda la ideología de la burguesía; mientras otros archivos, los **administrativos**, custodian documentos más recientes, soporte de derechos y deberes que hay que salvaguardar, para mantener el sistema de propiedad en que se basa el dominio de esta clase social.

Para llevar adelante las **políticas nacionales** en el campo de la información y la documentación se precisa la construcción de los sistemas nacionales de información, ante el imperativo de resolver necesidades informativas personales e institucionales en un país, mediante la planificación oportuna, y formulación de principios doctrinales y prácticos que hagan realidad los objetivos planteados, y mediante la creación de un organismo que desarrolle y mantenga la política, además de desempeñar un papel coordinador en el ámbito territorial en el que actúa dicha política².

El **sistema de información del s. XIX** está definido por unas disposiciones reglamentarias que responden a una política determinada o que determinan dicha política, y que podemos analizar por sus intenciones o por sus resultados.

Disponía de unos **elementos**, los archivos, las bibliotecas, y los museos, que se pretendían reorganizar (arreglar, en el lenguaje de la época) con la aplicación de técnicas y métodos propios, y a través un determinado colectivo de profesionales, el Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.

2. EL SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS ESPAÑOL EN EL S. XIX. SUS ELEMENTOS

De manera resumida podemos indicar cuál era la **composición** del sistema archivístico español en el s. XIX: política archivística (a través de la legislación), órganos directivos (dirección general); unos elementos (archivos y sus redes); unos objetivos (arreglo y conservación de los archivos), unos procedimientos (técnicas y principios archivísticos: procedencia, orden originario, estructura); unos recursos (archiveros científicos y técnicos pertenecientes a los Cuerpos Facultativo y Auxiliar, y que se forman —los primeros— en un centro específico: la Escuela Diplomática; presupuestos, edificios e instalaciones); y unos fines: la obtención de información y testimonios soportados en los documentos a los que se tiene acceso directamente o a tra-

² ROS GARCÍA, Juan. Políticas de información y documentación / Juan ROS GARCÍA, José LÓPEZ YEPES. Madrid: Síntesis, 1994, pág. 21.

vés de determinados instrumentos descriptivos, y con sujeción a una determinada normativa que regula el acceso.

Este sistema pretendía ser centralizado, y omnicomprensivo de todos los archivos del Reino, lo que evidentemente no consiguió, pero a través de sus recursos humanos y una política de incorporación y creación de nuevos centros, tejió una red de archivos que en el primer tercio del s. xx se extenderá, de modo similar a lo que ocurre en otros países latinos como Francia, Portugal o Italia, a todo el territorio nacional.

2.1. LA POLÍTICA Y PLANIFICACIÓN ARCHIVÍSTICA

Los revolucionarios gaditanos intentaron crear una estructura que soportase la idea de un **estado nacional** con el conjunto de los viejos reinos y provincias de la Corona hispánica. Para ello intentarán la municipalización de todo el territorio, creando ayuntamientos en todas las localidades en cuyo término hubiera más de 1.000 habitantes, y una red provincial para vertebrar los servicios del Estado. Sin embargo, esta construcción «ex novo», que sólo se impuso a partir de 1833, tuvo que enfrentarse a la propia realidad preexistente, y a la fuerza de la vida social que se desarrollaba en el marco de la comarca, y de las regiones y antiguas provincias.

A nivel central, la creación de los departamentos ministeriales, inaugurada con la Constitución del 19 de marzo de 1812, sufrirá el vaivén de los cambios políticos y las reformas constitucionales que se sucedieron a lo largo del s. XIX. Se consolidará una **administración** más racional y eficiente, que se apoyará en los archivos como un instrumento importante de gestión, archivos que terminarán dependiendo de una misma unidad orgánica, y servidos por el mismo cuerpo de funcionarios. Unidad orgánica de la que también finalizarán dependiendo todos los archivos históricos del Estado preexistentes a la etapa constitucional³:

La expresión **política archivística** es ambigua, puesto que podemos hablar de al menos dos significados distintos: 1) un conjunto teórico de tendencias o intenciones más o menos explícitas, y a veces concretadas en un programa, que se desarrolla en una serie de medidas normativas y adminis-

³ Para una secuencia cronológica de las reformas administrativas en materia de archivos, Conf. «Archivos: Bibliotecas y Museos: Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios», en: MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, págs. 601-649. FERNÁNDEZ BAJÓN, María Teresa. Políticas de información y documentación en la España del siglo XIX. Gijón: Trea, 2001, págs. 19-45.

trativas; 2) un cuerpo de disposiciones normativas de las que puede inducirse una política determinada, un programa, aunque no se haya expresado en ninguna parte, aunque no exista. En este tejer y destejer legislativo que se desarrolla a lo largo de este siglo, y el primer tercio del xx, es difícil encontrar unas intenciones o programas que se mantengan a lo largo del tiempo de una forma clara y continuada, salvo en los últimos 25 años del siglo pasado, pero la normativa sobre los archivos está ahí, y su existencia, al margen de un pensamiento archivístico definido, nos permite afirmar la realidad de dicha política.

De todas las **disposiciones legales** que configurarán el sistema archivístico en el s. xix, quizás las más importantes sean el R.D. de 17 de julio de 1858 (*Gaceta* 18 de julio), que crea el Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios, la Junta Superior Directiva de Archivos y Bibliotecas y el Archivo General Central de Alcalá de Henares; el R.D. de 28 de marzo de 1866, de creación del Archivo Histórico Nacional, y la ley 30 de junio de 1894, por el que se dispone que los archivos, bibliotecas y museos dependientes de la presidencia del Consejo de Ministros, o de los ministerios de Fomento, Hacienda, Gobernación, Gracia y Justicia y Ultramar, así como el Registro General de la Propiedad Intelectual, el depósito de libros del Ministerio de Fomento y los demás centros de naturaleza análoga serán servidos por miembros del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios, que ingresarán en este cuerpo, bajo las condiciones y requisitos que dicte el Ministerio de Fomento.

Pero de todas ellas, la más significativa es la primera: por ella, y de un solo golpe, se establece el órgano directivo, el archivo que va a ser el eje del sistema de archivos administrativos (un archivo intermedio «*avant la lettre*»), y el cuerpo científico-técnico que se va a encargar de su funcionamiento. Un modelo teórico impecable y avanzado para su época, aunque las limitaciones en recursos y la inestabilidad política no permitirá un crecimiento robusto del mismo.

2.2. LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS, ASESORES Y DE CONTROL

Los archivos de las Audiencias, y los de justicia en general, dependían del Consejo de Castilla en 1805; esta dependencia pasó al Ministerio de Gracia y Justicia en la época constitucional. Entre ellos se incluía el Archivo de Simancas y el de Corona de Aragón, pero no el de Indias, que la tuvo del Ministerio de Ultramar, hasta su supresión.

Hemos afirmado la importancia que tuvo para la configuración del sistema el R.D. de 17 de julio de 1858, lo cuál no quiere decir que los órganos rec-

tores de los archivos del Reino con anterioridad a estas fechas no contarán con mecanismos destinados al control y organización común de los mismos, órganos consultivos, de inspección, y de administración. El más importante, la **Junta Consultiva del Cuerpo**⁴, que tiene sus antecedentes en otra similar dependiente de Gracia y Justicia (1847), y que con distintos nombres: Junta Superior Directiva de Archivos y Bibliotecas del Reino (1858), Junta Directiva de Archivos y Bibliotecas del Reino (1858), Junta Consultiva de Archivos, Bibliotecas y Museos (1871) y Junta Facultativa de Bibliotecas, Archivos y Museos (1875) ejecutarán la política archivística y llegarán hasta al siglo siguiente.

En cuanto a sus antecedentes, el R.D. de 5 noviembre de 1847, creó la **Junta Superior Directiva**, en la corte, y otras de distrito de audiencia, de provincia y de partido, **de los Archivos dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia**, con la finalidad, según se contiene en su preámbulo, con la exposición del ministro, don Lorenzo ARRAZOLA, de dar una organización común y uniforme a los Archivos generales dependientes de dicho Ministerio. Su organización se especificaba en la R.O. de 6 de noviembre de 1847, y sus fines, conocer el estado en que se encontraban «... *el protocolo general ó sean los Archivos del Notariado y de la fe pública, los judiciales de las Audiencias, Chancillerías, Consejo de Navarra, Tribunal especial de las Ordenes, Supremo de Justicia, los generales de la Cámara, Consejo y Presidencia de Castilla, el particular de la Secretaría de Gracia y Justicia, y todos los demás civiles ó eclesiásticos que bajo cualquiera denominación hayan dependido ó dependan, dentro ó fuera de la corte, de este Ministerio, dirigiendo, respecto de todos ellos, al Gobierno los informes correspondientes*». Y proponía un plan de trabajo que incluyera el arreglo y organización de los archivos, la clasificación general de sus papeles y documentos, el plan de traslado de los documentos singulares que contuviesen al general del Ministerio, el establecimiento de la planta y presupuesto de este Archivo general, y el plan de publicaciones de las colecciones, códices o documentos importantes; junto con otras funciones relacionadas con la legislación, jurisprudencia, extranjería, regalías y prerrogativas de la Corona y otras varias⁵.

⁴ «Archivos: Bibliotecas y Museos: Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios». en: MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, págs. 601-649. FERNÁNDEZ BAJÓN, María Teresa. Políticas de información y documentación en la España del siglo XIX. Gijón: Trea, 2001, págs. 68-72.

⁵ MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, pág. 603.

Esta Junta se suprimió por el R.D. de 1 de diciembre de 1848, creando en su lugar, con igual objeto, una **Dirección General de los Archivos de España y Ultramar**, correspondiente al mismo Ministerio»⁶.

La Ley de 9 de septiembre de 1857, de Instrucción Pública, que habla en sus arts. 158 a 166 de las Academias, Bibliotecas, Archivos y Museos, así como de la enseñanza en estos conocimientos, trajo como consecuencia el R.D. de 17 de julio de 1858, tantas veces mencionado, que estableció el pase de los archivos generales y provinciales históricos al **Ministerio de Fomento**, y los que en lo sucesivo se creasen de esta naturaleza, y a la dependencia de la **Dirección General de Instrucción Pública**, bajo los mismos reglamentos y tarifas. En sus arts. 10 y 11 se creaba una **Junta superior directiva de Archivos y Bibliotecas del Reino**, y en su art. 12. el Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios, del que se establece su composición, ingreso y clasificación y ascenso y movilidad.

El R.D. de 12 de junio de 1867, que organiza las bibliotecas públicas, los archivos generales y los museos arqueológicos, regula en sus últimos artículos lo relativo a la **Junta Consultiva del Cuerpo**; como asimismo hace el R.D. de 5 de julio de 1871.

El R.D. 16 abril 1875 disolvió esta Junta consultiva de Archivos, Bibliotecas y Museos, y dispuso su reorganización con el nombre de **Junta Facultativa de Bibliotecas, Archivos y Bibliotecas de antigüedades**, y determinó su organización, que posteriormente se estableció en los arts. 8.º y 9.º del R.D. de 18 de noviembre de 1887 y en los 11 a 14 del Reglamento de la misma fecha.

Después de 1893, tras la pérdida de las posesiones americanas y de Oceanía, al suprimirse el Ministerio de Ultramar, del que dependía el Archivo General de Indias, pasó éste a depender, como los demás archivos españoles con documentación histórica, de la **Subsecretaría de Instrucción Pública**, y a ser servido, como los demás, por el Cuerpo Facultativo de Archiveros Bibliotecarios y Arqueólogos y abierto a la investigación histórica⁷.

En cuanto a las **Inspecciones**, ordinarias y extraordinarias, quedaban encomendadas a partir del R.D. de 12 de junio de 1867 a los individuos de la Junta Consultiva del Cuerpo, y regulados en los sucesivos reglamentos del Cuerpo.

⁶ C.L., t.47, pág. 107. Conf. MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, pág. 604.

⁷ PEÑA Y CÁMARA, José María de la . Archivo General de Indias de Sevilla: Guía del visitante.- Valencia: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, pág. 57.

Se creará, estabilizando esta función, el cargo de Inspector General de Archivos (y de Bibliotecas y Museos) que perdurará durante buena parte del s. XX.

2.3. LOS ARCHIVOS: LA RED DE ARCHIVOS HISTÓRICOS Y ADMINISTRATIVOS

2.3.1. **Viejos archivos, tradición y nuevas modas de organización: Simancas, Indias, Corona de Aragón**

No existe, propiamente hablando, un sistema archivístico en el s. XVIII que pudiese haber servido de base al que se creó en el siglo XIX, pero sí un conjunto de archivos, sujeto al control del Consejo de Castilla, que son los administrativos heredados del Antiguo Régimen austracista, reformados para adaptarlos a los nuevos tiempos (Consejos, Chancillerías, Audiencias, Gobernaciones y Capitanías Generales) a los que se superponen los de los órganos administrativos creados por los Borbones, como Secretarías de Estado e Intendencias, y a los que se añade una variedad de archivos de otras instituciones públicas (corregimientos, alcaldías, corporaciones, etc.) o privadas (eclesiásticos unos: arzobispados, obispados, conventos, monasterios, etc.; de gremios, academias y corporaciones otros), cuya importancia se conoce y a los que de alguna manera se quiere tutelar.

Hay que añadir los archivos que no eran propios de una única institución u órgano administrativo concreto, sino creaciones «ex novo» para recoger documentación de varios órganos, al objeto de garantizar su custodia y uso por parte de la Corona y para sus fines, primordialmente, aunque se hayan señalado otros como el estudio de la historia. Algunos ya existían, y eran de respetable antigüedad, como el caso del Archivo de la Corona de Aragón y el General de Simancas. Otros fueron creados a fines del s. XVIII para custodiar papeles de las instituciones públicas en peligro de conservación, y es el caso de los archivos de reino, los de Galicia, Valencia y Mallorca, que hemos glosado en su día; pero la gran creación de los Borbones va a ser el Archivo General de Indias, inmerso en lo que BAUTIER ha denominado la 3.^a concentración archivística.

Es curioso el desconocimiento de la realidad archivística española que demuestran teóricos de primera fila como Ernest POSNER, cuando afirma, al trazar un breve esquema de la historia de los archivos, que en la vieja Europa, las viejas acumulaciones de privilegios y otros documentos, de las que el *Trésor des Chartes* de París era el ejemplo típico, mantuvieron su existencia independiente por largo tiempo, permaneciendo en las administraciones que los habían recibido y originado, y sólo en pocos casos se intentó una unificación, y cita las concentraciones del estado de Hanover, en 1713, las realizadas en el *Hans-Hof-und Staatsarchiv*, o Archivo Real y de Estado de Austria, en

Viena, a partir de 1749, o la Casa del Registro General Escocés (*Scottish General Register House*), en 1784; concluye que, en cualquier caso, y de modo general, la descentralización de archivos es un rasgo característico de la administración de archivos antes de la Revolución Francesa. En París, en 1782, de acuerdo con RICHOU, existían 405 depósitos, y en toda Francia 1.225 ⁸.

Efectivamente, en Francia no existía **un depósito central de archivos**. Cada institución, cada persona con funciones autónomas conservaba sus archivos, aislados unos de otros. La centralización sería la obra de la Revolución. Pero FAVIER, mejor conocedor de la realidad archivística europea, reconoce que *«L'étranger nous avait souvent précédé»*; y cita los archivos gubernamentales españoles reunidos en un solo depósito central por Carlos V en 1545, la creación del *State Paper Office* en 1578, en Inglaterra, o la reagrupación en Roma en el *Archivium secretum vaticanum*, en 1611, de los depósitos existentes en el castillo de San Ángel, la Cámara Apostólica o la Secretaría de Estado o de los Breves ⁹. Y BAUTIER, en su buena aportación a la obra colectiva *L'Histoire et ses méthodes*, dirigida por el sabio SAMARAN, afirmará que el s. XVI presenta, para la historia de los archivos, una importancia excepcional, pues verá el nacimiento de los **archivos de Estado**, y salvo algunos ensayos realizados en Austria o en Nápoles, atribuye el mérito de la primera realización importante a Felipe II, concentrando a partir de 1567, en el castillo real de **Simancas**, los documentos esparcidos en numerosas dependencias reales en la Península; y poco después, en toda Europa se tomarán medidas similares. E indica que en el s. XVIII, una nueva **fase de concentración** de material archivístico se realizará en grandes depósitos de Estado, en toda Europa, desde la constitución de los archivos de la casa de Saboya en Turín, a Rusia, con Pedro el Grande, en 1720; en Viena con María Teresa, en 1749, con la creación del depósito central de la monarquía el *Haus-, Hof- und Staatsarchiv*, que servirá de modelo a la Europa de las luces, comenzando evidentemente por los territorios del imperio austro-húngaro, en Budapest, Milán, Venecia, etc., y que continúa siendo uno de los más importantes de Europa; y en Sevilla, donde se realiza, a partir de 1781, la concentración de todos los archivos españoles relativos a «las Indias», es decir, del Imperio español en América ¹⁰.

⁸ RICHOU, G. C. M. *Traité théorique et pratique des archives publiques*.- Paris, 1883. Conf. POSNER, Ernest. Alguns aspectos do desenvolvimento arquivístico a partir da revolução francesa. Rio de Janeiro: Ministério de Justiça e Negócios Interiores. Arquivo Nacional, 1959, págs. 7-8.

⁹ FAVIER, Jean. *Les archives*. Paris : Presses Universitaires de France, 1965, págs. 25-26. Esta obra ha tenido un gran éxito : 1.ª ed., 1958; 2.ª ed., 1965; 3.ª ed., 1975; 4.ª ed., 1985, y otras posteriores.

¹⁰ BAUTIER, Robert-Henri. «Les Archives», en *L'Histoire et ses méthodes* / direction de Charles Samaran. Paris : Gallimard, 1961, págs. 1120-1166, conf. págs. 1128-1131.

Por cierto que para Michel DUCHEIN, en 1992, la importancia de Simancas ha adquirido ya el nivel de paradigma, cuando dice que en el siglo XVI el progreso en la administración real llegó a la concentración de archivos en repositorios centrales, con archiveros especializados, *«The classic example of this prefiguration of the modern «national archives» was the creation in 1542 of the Archivo de Simancas in Spain, where little by little all of the records of the councils, courts, chaceries, secretaries, treasuries, etc. of the Castilian Crown came together until they were concentrated there by 1567. The 1588 internal regulation of Simancas, Instrucción para el Gobierno del Archivo de Simancas, is perhaps the first known document of its kind»*¹¹.

El AGS, regido por los archiveros de la familia AYALA, va a recibir en el s. XVIII la documentación de la última época de los Austria, por el desalojo de los Consejo de su sede en Palacio Real al Palacio de la Reina madre, de escasa capacidad para sus archivos; su interés para la administración de la monarquía borbónica fue decreciendo, por su lejanía y por su organización, no óptima, como aprecia D. Melchor Gaspar DE JOVELLANOS, en su visita de 1791. El cambio de siglo no le fue propicio, pues la invasión francesa, la acción de la soldadesca y los saqueos de documentos ordenados por el general KELLERMANN, en 1810, se completaron con otras dos expediciones de documentos en mayo y junio de 1811, con destino a Francia.

Decía el archivero D. Manuel DE LA CRUZ, muerto el 3 de diciembre de 1811, en su testamento, para constancia y desahogo de su corazón: *«Asimismo declaro que han venido a dicho Real Archivo varios sujetos franceses con comisiones de los Generales, no sólo a reconocer papeles de Estado antiguos y modernos que había en él, los del Real Patronato y otros que resultan de los recibos que an dexado los dichos comisionados, que existen, con las cartas y ordenes, en uno de los ymbentarios que no llebaron y están en un armario u alazena de madera que existe en la primera pieza alta de Estado, cuya llabe obra en mi poder, lo que declaro para que conste y haya noticia de ello»*¹². Con él se extinguirá la línea directa de los descendientes de Diego DE AYALA, que mantuvieron el archivo a su cargo durante dos siglos y medio.

¹¹ DUCHEIN, Miguel. «The history of European archives and the European archival profession». *The American Archivist*, v. 55, n. 1 (1992) 14-25; en la nota 4, pág. 16, cita la Instrucción para el Gobierno del Archivo de Simancas, ed. José Luis Rodríguez de Diego. Madrid: Ministerio de Cultura, 1989; y BAUTIER, R.H. «La Phase Cruciale de l'Histoire des Archives: la Constitution des Dépôts d'Achives et la Naissance de l'Archivistique». *Archivum*, 18 (1968) 139-151.

¹² AHP Valladolid, libro 3.976, fol. 55. Conf. PLAZA BORES, Ángel. Archivo General de Simancas. Guía del investigador, 3.^a ed., Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección de Archivos Estatales, 1986, pág. 69.

Para cerrar el perfil documental de Simancas, recordemos que en 1844 ingresó la segunda remesa de la Secretaría de Guerra del s. XVIII, la documentación del Consejo de la Suprema Inquisición en 1849, la Dirección General del Tesoro en 1850, la de Rentas en 1851, y la Comisaría General de Cruzada en 1852. En 1852 se enviaron al Archivo de la Corona de Aragón, a petición de D. Próspero BOFARULL, por R.O. de 15 junio de 1850, los 2.158 legajos y libros procedentes del antiguo Consejo de Aragón (s. XV-XVII) que hacía siglo y medio se guardaban en Simancas. Este envío, y el trueque de los documentos de la Inquisición, por otros de procedencia varia con el Archivo Histórico Nacional, en 1914, transformaron a Simancas definitivamente en archivo cerrado ¹³.

No vamos a hablar más ahora de Simancas, cuyo origen y desarrollo nos queda un poco lejano, pero sí es preciso, por su proximidad temporal, referirse al **Archivo General de Indias**. Este Archivo, cuya data fundacional puede afirmarse que es el año 1775, fecha en que comienza la adaptación del lujoso edificio renacentista de la Lonja de mercaderes, construido sobre planos de Juan DE HERRERA, se hacen los nombramientos de personal y llegan las primeras grandes remesas de documentos referidos a la administración indiana, procedentes del AGS y del Consejo. Juan Bautista MUÑOZ, erudito humanista, conocedor de la documentación e instituciones indianas, y protegido del secretario universal de Indias, don José DE GÁLVEZ, marqués de Sonora, se adjudicó la idea de reunir la documentación de Indias en un archivo «general», atribuyendo a Gálvez la de ubicarlo en Sevilla y en la Casa Lonja.

No hay que menospreciar, en relación con esta decisión de crear el AGI, la visita que en 1773 había efectuado el conde de FLORIDABLANCA a Simancas, de la que no había salido muy satisfecho, sobre el orden del archivo y el trabajo de los archiveros. Este archivo, calificado de general, «*con un fino sentido de servicio a la exigencia heurística de concentración documental*», como dice de la PEÑA CÁMARA, quien afirma que «*se fundaba, como principal propósito por la necesidad de tener reunidas y conocer las fuentes documentales para escribir y publicar una historia general de Indias*». No vamos a poner en duda estas palabras, pues sin duda la Europa de las Luces se encontraba en plena elaboración de lo que en España se denominaría «*Leyenda negra*» a partir de especulaciones filosóficas, panfletos propagandísticos y sesudas obras históricas como la *History of America* de ROBERTSON, aparecida en 1772; pero en un momento de crisis general del imperio ultramarino, la necesidad de tener disponibles los papeles de su administración no debió

¹³ PLAZA BORES, Ángel. Archivo General de Simancas. Guía del investigador, 3.^a ed., Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección de Archivos Estatales, 1986, págs. 75 y 82-83.

pasar desapercibida. Y así los fondos íntegros de la Casa de Contratación, y los del Consejo de Indias anteriores a 1760, se unieron a los anteriores mencionados, en sucesivas remesas en 1786, 1788, y 1791, dando origen al principal logro archivístico ilustrado ¹⁴.

Pero fue la independencia de la América española la que dio configuración definitiva al AGI, como archivo histórico ultramarino. Nuevas remesas, completando fondos ya existentes, en 1822, como la del Juzgado de Arribadas o los cedularios de la Secretaría de Estado y del Despacho de Hacienda, se completarían con las efectuadas entre 1856 y 1863 que comprendían la documentación de diversas secretarías de despacho, que iban quedando extinguidas por la independencia de las provincias ultramarinas; pero aquí se rompió el criterio de procedencia postulado por las Ordenanzas de 1790 creando una macro sección: Simancas, Consejo y Ministerios, cuya descripción realizaba el Archivero don Aniceto de la Higuera, responsable del hecho, en 1868. Hubo nuevas incorporaciones, en 1864, con los documentos de Correos, 1871, del Ministerio de Estado, y 1887, la última de ellas del Ministerio de Ultramar, a las que se unirían en 1888-89 las de la Capitanía General de La Habana, la sección Cuba, y en 1903 los papeles de los Consulados de Cádiz y Sevilla ¹⁵.

Las tendencias centralizadoras del s. XIX, también habían hecho acto de presencia en Cataluña. El **Archivo de la Corona de Aragón (ACA)**, el más antiguo de los archivos reales peninsulares, luego caracterizado como general, había acogido en 1817 los papeles de la Junta Suprema de Cataluña, y en 1821 los de la suprimida Generalidad de Cataluña; pero más aún, en tiempos de don Próspero DE BOFARULL, en 1836, se depositaron los documentos de la antigua legación de España en Génova procedentes de Turín (la capital del reino Piamonte-Cedeña), amén de otros documentos de carácter eclesiástico, y se reclamó *«la entrega de volúmenes y legajos del Consejo de Aragón que se habían depositado indebidamente en Simancas, lo cual se logró cuando ya su hijo don Manuel le había sucedido en el cargo»*; y posteriormente diría Udina que *«Poco antes de su jubilación, solicitó de su jefe inmediato, el primer Secretario de Estado, mandara al Archivero de Simancas remitir los libros y legajos del suprimido Consejo de Aragón que, contra las disposiciones vigentes en su tiempo, fueron enviados allí en lugar de hacerlo a Barcelona»* ¹⁶. Estos fondos, cuyo ingreso reclamaba el mayor de los tres BOFARULL, ingresaron en 1862.

¹⁴ PEÑA Y CÁMARA, José María de la. Archivo General de Indias de Sevilla: Guía del visitantes. Valencia: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, págs. 4-49.

¹⁵ PEÑA Y CÁMARA, José María de la. Archivo General de Indias de Sevilla: Guía del visitantes. Valencia: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, págs. 56-58.

¹⁶ UDINA MARTORELL, Federico. Guía Histórica y Descriptiva del Archivo de la Corona de Aragón. Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección de los Archivos Estatales, 1986, págs. 60-61.

2.3.2. Nuevos archivos y concentraciones archivísticas: el Archivo General Central, y el Archivo Histórico Nacional

Será la Revolución francesa, haciendo tabla rasa de las instituciones del pasado, la primera en realizar una **centralización moderna** en el *Archives nationales*, formado en torno al núcleo de papeles de la Asamblea Constituyente, con los fondos de los Consejos y de las grandes administraciones del Antiguo Régimen, así como los de las abadías, cabildos e iglesias de París, y de los particulares emigrados o condenados. No era la primera vez que se incorporaban a los archivos de Estado fondos de origen no gubernamental, pero sí era la primera que se hacía extensible a todos los archivos de todo un régimen, político, administrativo, feudal, religioso, etc., sobrepasando de golpe el concepto mismo de Archivo de Estado para formar el **Archivo de la nación**, lo mismo que se realizaría en el resto de Francia a nivel de departamento. Esta sería la aportación inestimable de la Revolución francesa; su ejemplo se imitará en Bélgica, Países Bajos e Italia, e indirectamente en todos los estados europeos, incluida España¹⁷, y sólo sería superada por la legislación soviética de 1918, creadora del concepto de «fondo estatal único», concebida metódicamente a la luz de esta experiencia revolucionaria.

Así que, volviendo a la **administración española** del siglo XIX, ésta heredará los archivos preexistentes, fruto en algunos casos de grandes concentraciones archivísticas, que deberá atender, pero también deberá ocuparse de los correspondientes a las instituciones reformadas en el Nuevo orden Constitucional, o aparecidas con él, de nuevo cuño. Los archivos de los órganos legislativos (el Archivo del Congreso y el del Senado), mantendrán su autonomía. En la **Administración central**, los archivos ministeriales aparecerán desde principios de siglo, desde la propia creación de las Secretarías de Estado; entre los más significativos, los de Gracia y Justicia, Fomento y Hacienda; se integrarán uno detrás de otro en el sistema a través de su incorporación al Cuerpo Facultativo; por el R.D. de 9 de diciembre de 1887 se agregará el Ministerio de Fomento a la Dirección General de Instrucción Pública y a cargo del Cuerpo Facultativo; por R.D. de 31 de julio de 1888 se le encomendará a éste la reorganización de los archivos de Hacienda de las provincias incorporándolos a su servicio, y en vista de sus buenos resultados se le encomendará también el Archivo General del Ministerio de Hacienda, por R.D. de 5 de agosto de 1893, incorporándolo también al Cuerpo por R.D. de 21 de diciembre de 1893, y finalmente, mediante la ley de 30 de junio de 1894, se le encomendarán todos los archivos dependientes del Consejo de Ministros, es decir los de

¹⁷ BAUTIER, Robert-Henri. «Les Archives», en *L'Histoire et ses méthodes* / direction de Charles Samaran. Paris: Gallimard, 1961, págs. 1120-1166, conf. págs. 1132-1133.

la Administración central (ministerios de Fomento, Hacienda, Gobernación, Gracia y Justicia y Ultramar). En cuanto a los archivos de justicia, las Audiencias Territoriales y el Tribunal Supremo se incorporarán al Cuerpo en fecha tan tardía como 1931 (O. 13 noviembre de 1931, *Gaceta* del 13).

La creación del **Archivo General Central**, por el R.D. tantas veces mencionado de 17 de julio de 1858, es la consecuencia lógica de la falta de funcionalidad del Archivo de Simancas, convertido en custodio de documentos históricos o de menor relevancia administrativa, pues incluso en la última época de los Austrias se había dejado sentir lo incómodo de su distancia, por lo que los documentos de mayor trascendencia y frecuencia de consulta habían permanecido en los archivos de los Consejos¹⁸, planteándose, como ya señalara RIOL¹⁹ en su informe, la necesidad de otro archivo mas cercano a Madrid, si no en la propia capital.

Este Archivo Central había sido considerado, diez años antes de su constitución *«obra no fácil ni del momento»*, pero *«objeto altamente beneficioso a que es preciso encaminar, antes o después, cuantos trabajos y reformas se efectúan...»*, según decía Lorenzo ARRAZOLA en el preámbulo al R.D. de constitución de la Junta Superior directiva de los archivos del Ministerio de Gracia y Justicia²⁰.

Según nos dice TORRE REVELLO, el Archivo General Central fue creado por el mentado R.D. de 17 de julio de 1588, con doble carácter histórico y administrativo. En su art 3.º disponía que en él debían reunirse los archivos de las cuatro Órdenes Militares, el de San Juan de Jerusalén, los de la Inquisición, y los de las Colegiatas suprimidas; y por el art. 4.º se mandaba que se incorporaran también, en la época y con las formalidades que se señalasen, los papeles administrativos. Pero este carácter desapareció por diversas disposiciones del Ministerio de Fomento, en 1896, por las que se enviaron los documentos de carácter histórico al Archivo Histórico Nacional, en Madrid, entre otros, además de los mencionados, los fondos de los extinguidos Colegios de Jesuitas y la colección de Estado, de tanta importancia para el estudio de la Independencia Americana y que debieron haber ingresado en el Archivo General de Indias.

¹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Luis. «El Archivo de Simancas en el Antiguo Régimen: secreto, patrimonio, justificación y legitimidad real». Bol. de la ANABAD. Madrid, v. XLIX, n. 2 (1999) 77-116.

¹⁹ RIOL, Santiago Agustín de. Noticia general de todos los archivos y papeles pertenecientes a los Consejos y Audiencia de España... Madrid, 1726.

²⁰ Col. leg., 42, págs. 295-303, Conf. CRESPO NOGUEIRA, Carmen. «Los primeros cien años del Archivo Histórico Nacional». Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, LXXIII, n. 2 (1966) 285-319, en pág. 288.

Las primeras transferencias —no usaban este término, evidentemente, sino el más castizo de remesas— se hicieron en 1861 desde el Ministerio de Fomento, que realizó otra en 1864; mientras que el de Gobernación realizó una en 1861 y otra en 1865; el Tribunal Mayor de Cuentas en 1863; y el Ministerio de Estado en 1868 y 1869, con un doble carácter histórico y administrativo, como inicialmente se caracterizó el archivo, que había recibido los fondos de la Inquisición de Toledo y de Valencia en 1861 y 1862, respectivamente. Los envíos al AHN de la documentación antes mencionada, permitió liberar estanterías, que pasaron a ser ocupadas por documentación de los Ministerios de Estado, Fomento, Gobernación, Gracia y Justicia, Hacienda, Guerra y Marina y Tribunal de Cuentas, los años 1897 a 1900, de fechas bien recientes²¹.

Pero este archivo manifestaría pronto inconvenientes similares a los de Simancas, atenuados por la menor distancia. Sin embargo, las críticas que pudieron hacerse en su época tienen una perspectiva de utilización histórica de sus fondos más que de su utilidad administrativa, como vemos en RODRÍGUEZ MARÍN: «*su consulta y utilización exigían trasladarse a vivir en Alcalá, lo que no es siempre compatible con las obligaciones públicas y familiares de los más interesados en ese estudio*»²².

Como producto de la política nacionalizadora y privatizadora del régimen liberal, que se incautó de los bienes de monasterios, conventos, corporaciones, comunes de los pueblos, etc., numerosos bienes artísticos, archivos y bibliotecas pasaron a incorporarse a lo que conformaría el patrimonio nacional, y serían la base de los museos y bibliotecas provinciales, y el origen del **Archivo Histórico Nacional**. Como afirmaba Carmen CRESPO²³, este archivo «*nace adulto, viejo, histórico, en una palabra*», y a diferencia de Simancas, que nace para resolver una necesidad administrativa, de conservar los documentos probatorios de sus derechos del poder central, a los que se reunirán vigorizándolos los de sucesivas recepciones o remesas, en el caso del AHN el interés de su conservación es meramente erudito, científico, humanístico, pues los documentos que va a recoger pertenecen a instituciones extinguidas en su mayoría. Desde su creación tendrá consideración de público, de acuerdo con su carácter: R.D. de 28 de marzo de 1866, art. 1.º: «*Se le*

²¹ TORRE REVELLO, José. Archivo General en Alcalá de Henares. Reseña Histórica y Clasificación de sus fondos.- Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1926, pág. 6-7.

²² RODRÍGUEZ MARÍN, Francisco. Guía histórica descriptiva de los archivos, bibliotecas y museos arqueológicos de España, t. I.- Madrid: Tip. Revista de Archivos, 1916, pág. 9.

²³ CRESPO NOGUEIRA, Carmen. «Los primeros cien años del Archivo Histórico Nacional». Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, LXXIII, n. 2 (1966) 285-319, especialmente las págs. 286-288.

declara archivo público general del reino bajo la denominación de Archivo Histórico Nacional» (Gaceta, 31 marzo 1866).

Su peculiar origen y función le hacen apto para recibir documentos de la más diversa procedencia, que se integrarán perfectamente con los anteriores, en una dinámica de crecimiento continuado como lo demuestran las siguientes cifras: En el momento de la fundación cuenta con 97.421 documentos sueltos, 346 códices y libros impresos; que en 1896, cuando Vicente VIGNAU toma posesión de la jefatura del archivo, se han convertido en 125.254 documentos, 892 libros y 1.015 legajos; y que un siglo después de su nacimiento, en 1966, han llegado a una cifra similar de documentos, correspondientes a los pergaminos de la sección de Clero, y 156.000 legajos y 58.000 libros manuscritos. El AHP es un archivo de archivos, figura que refleja la realidad de la mayoría de los archivos históricos, pero que en su caso eleva a cifras altísimas las instituciones representadas en su acervo.

El por qué nace el AHN es algo bien conocido. La nacionalización y puesta en venta de los bienes amortizados de instituciones civiles y religiosas, muchas de ellas suprimidas previamente, como ocurre con numerosos conventos y monasterios, origina la entrega de sus archivos o su abandono, en cuanto ya no les sirven administrativamente. Sí sirven, en cambio, a las autoridades fiscales y económicas ejecutoras de la liquidación de sus bienes, y la documentación se acumulará en las delegaciones de Hacienda y en el Ministerio de Hacienda, entorpeciendo por otro lado su normal funcionamiento. La Academia de la Historia, consciente de su gran valor histórico solicitará su custodia, comprometiéndose a ordenarla y a formar los índices necesarios para su manejo, lo que le será otorgado por R.O. de 26 de agosto de 1850, del ministro de Hacienda BRAVO MURILLO (*Gaceta* 9 octubre. Col. leg. 70, págs. 48-51).

Pero la Academia se verá desbordada por la ingente cantidad de material, pues no tiene espacio donde alojarla, ni recursos económicos, ni tiempo ni ganas para emprender esta tarea que había estimado inicialmente fácil. Por ello solicitará del Ministerio de Gracia y Justicia la creación de una Escuela Diplomática para la formación de personal especializado capaz para realizar dichas tareas, cuyos alumnos, debidamente seleccionados podrán ser destinados a los archivos y bibliotecas de provincia, auxiliar a la Academia en sus trabajos y dedicarse con el tiempo a investigaciones históricas, a lo que responderá el R.D. de 7 octubre de 1856 (*Gaceta* de 9 octubre. Col. leg. 70, págs. 48-51). Queda así configurado el futuro Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios, y apuntadas las funciones a las que se dedicará durante más de medio siglo.

La Academia pedirá al Ministro de Fomento, a la sazón Antonio DE AGUILAR Y CORREA, marqués de Vega de Armijo, en 1866, que el Archivo, al que

denomina ya Nacional, continúe en Madrid, y ligado a la Academia, para lo que se solicita que por el Ministerio de Fomento se nombre a uno de sus individuos de número para desempeñar gratuitamente la función de archivero o de comisario regio²⁴. El nombramiento recaerá en don Tomás MUÑOZ Y ROMERO, el 8 de abril de 1866, como comisario regio, quien un mes más tarde presentará al director general de Instrucción Pública la estadística de los fondos: 97.421 documentos sueltos y 346 códices y libros impresos.

De acuerdo con la exposición del Marqués DE LA VEGA DE ARMIJO, la reina Isabel II decretó en el artículo 1.º del citado R.D. de 28 de marzo de 1866 lo siguiente: «*Se declara archivo público general del Reino, bajo la denominación de Archivo Histórico Nacional, al reunido con los documentos procedentes de las suprimidas corporaciones monásticas por la Real Academia de la Historia en esta Corte, donde en adelante habrá de permanecer*»; y en el art. 4.º, «*Por mi ministro de Fomento, de acuerdo con el de Hacienda, se adoptarán las disposiciones necesarias a fin de que sean trasladados al Archivo Histórico Nacional todos los documentos procedentes de las suprimidas comunidades monásticas que existan en las administraciones de Hacienda pública y no fuesen indispensables para acreditar derechos de propiedad*». Sus modestos objetivos y sus escasos medios no podrían dejar entrever el extraordinario desarrollo que experimentará, superando en volumen a los tres archivos generales preexistentes²⁵.

El AHN continuará ligado a la Academia, con la que compartirá locales hasta su traslado al Palacio de Bibliotecas y Museos, por R.O. de 5 de marzo de 1894, procediéndose a su instalación en 1896, 30 años después de su creación.

Hasta 1871 seguirá siendo un depósito de documentos de monasterios y conventos suprimidos. En esta fecha, su inventario cita 109.367 documentos. Sólo a partir de la revolución de septiembre y la reinstauración canovista el AHN empezará a incorporar documentación de otro carácter, de acuerdo con su título.

En 1896, con la dirección de Vicente VIGNAU, se comenzará la recepción de archivos monásticos no incorporados, concentración que se culminará con la R.O. de 26 de agosto de 1898 por la que se el Ministro de Fomento solicita al de Hacienda el traslado al AHN de toda la documentación de conventos

²⁴ Informe de Pascual Gayangos y Tomás Muñoz y Rivero. AHN. Ed. Nac. leg. 6.546, n.º 2. Cf. CRESPO NOGUEIRA, Carmen. «Los primeros cien años del Archivo Histórico Nacional». Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, LXXIII, n. 2 (1966) 285-319, nota n.º 13.

²⁵ SÁNCHEZ BELDA, Luis. Guía del Archivo Histórico Nacional.- Madrid: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, pág. 7.

y el resto de carácter histórico aún conservada en las Delegaciones Provinciales de Hacienda. Esta medida sería contestada duramente en las provincias poseedoras de archivos históricos regionales o generales, como ocurría en Galicia, con el Archivo del Reino, con resultados parciales, pues sólo quedaron en ella los documentos de los conventos de A Coruña y Pontevedra, pero no los de las otras dos, en una medida absurda y que no contentaría a nadie ²⁶; otras regiones también conservarían parte de su documentación monacal, como Cataluña, que la custodia en el Archivo de la Corona de Aragón.

En los años siguientes comenzarían a entrar documentos producidos por la Administración real, como los del Consejo de Órdenes, y los del Consejo de Castilla y Estado, Hacienda, Ultramar, etc. Incluso se incorporarán fondos custodiados en otros archivos históricos como el de Valencia (Clero, Jesuitas, Inquisición, Orden de Montesa), y los históricos del General Central, tanto eclesiásticos como reales. Al jubilarse VIGNAU el AHN cuenta ya con 153.238 documentos, 17.459 libros y 82.374 legajos ²⁷; hacia 1910 finalizaría la incorporación de materiales a gran escala. Comenzaría el trabajo de sistematizar todo este material ingente.

A diferencia de Simancas, del que puede considerarse continuador, el AHN no sólo tiene documentación de la Administración Central, sino también de otros organismos de ámbito regional, provincial e incluso local, y de entidades y corporaciones distintas a la del Estado. Por tanto, no es tan homogéneo como los otros archivos generales, pero tiene una base documental más amplia y es más voluminoso que todos ellos juntos.

Sin duda el influjo de París, pero también el de Madrid, se manifestaría en la política archivística de los **países hispanoamericanos**, pese a las no muy cordiales relaciones mantenidas con ellos durante el siglo XIX. Conocemos muy bien el caso del **Archivo General de Centro América**, de tardía creación, pues aunque un acuerdo del Supremo Gobierno de Guatemala dispuso la creación de un Archivo General para recoger el de la Antigua Capitanía y otras corporaciones extinguidas en aquella época ²⁸, la concentración no se llevó a cabo hasta 1937, pues aunque en 1886 otro acuerdo gubernativo estableció un Archivo Nacional donde se integrarían los documentos históricos

²⁶ ARQUIVO DO REINO DE GALICIA. Guía de Fuentes Documentales y Bibliográficas sobre Instituciones Eclesiásticas en el Archivo del Reino de Galicia / Dirección Pedro López Gómez. [Santiago de Compostela]: Xunta de Galicia. Dirección Xeral do Patrimonio Histórico y Documental, D.L. 1995, págs. 11-12.

²⁷ SÁNCHEZ BELDA, Luis. Guía del Archivo Histórico Nacional. Madrid: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, págs. 10-13.

²⁸ «Histórico Documento de la fundación del Archivo General del Gobierno». Boletín del Archivo General de Centro América (Antes: Archivo Nacional). 2.ª época, vol. N. 4 (1968) 9.

de la Capital y los Departamentos de la República referentes a la época colonial, funcionó como archivo central administrativo del Gobierno, y sólo por la actividad desarrollada por el prof. José Joaquín PARDO GALLARDO, nombrado Archivero General del Gobierno el 7 de agosto de 1935, se completaría la incorporación de los archivos de la época española que aún perduraban ²⁹.

2.3.3. El principio de territorialidad: la creación de los Archivos Históricos Provinciales

La red de archivos administrativos a finales del s. XIX era una realidad significativa: Archivos de Ministerios, Archivo General Central y Archivos de Delegaciones de Hacienda, servidos todos ellos por funcionarios del Cuerpo Facultativo, seguían unas similares normas y procedimientos, y recogían una buena parte de la producción generada en las oficinas públicas de la administración judicial y de la general del Estado.

No ocurría lo mismo con los archivos históricos. Ciertamente, el Cuerpo servía tanto en el Archivo Histórico Nacional como en los históricos existentes con anterioridad al s. XIX, que eran los generales de Simancas, Indias y Corona de Aragón, los de reinos (Valencia, Mallorca y Galicia) y los de chancillerías (Valladolid y Granada), incorporados todos ellos a lo largo del siglo, pero se notaba la ausencia de una **red territorial** de archivos históricos que cubriera todo el país, y que recogiera otro tipo de documentación que se estimaba importante.

El más importante de los archivos judiciales del Antiguo Régimen, el **Archivo de la Real Chancillería de Valladolid**, al desaparecer el Tribunal de la Chancillería, en 1835, había pasado al cargo del personal de la recién nacida Audiencia Territorial, hasta 1906, en que pasó a depender del Cuerpo Facultativo de Archiveros, siendo su primer director D. Cristóbal ESPEJO DE HINOJOSA, quien tomó posesión el 1 de febrero de dicho año, cesando el mismo año y siendo substituido por D. Alfredo BASANTA DE LA RIVA, que permanecería 34 años en el cargo ³⁰. En cuanto al Archivo de la Real Chancillería de Granada y el de la Audiencia Territorial, pasaron a ser de responsabilidad de los archiveros del Estado a partir de 1906, pero realmente no pudieron recibirlos hasta 1923 ³¹.

²⁹ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. El Archivo General de Centro América (Ciudad de Guatemala): Informe. Madrid: ANABAD, 1991, págs. 80-83.

³⁰ ARRIBAS GONZÁLEZ, Arribas. Guía del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid / Soledad Arribas González y Ana M.^a Feijoo Casado. Madrid: Ministerio de Educación y Cultura. Universidad de Valladolid, 1998, pág. 46.

³¹ CORTÉS ALONSO, Vicenta. «Prólogo» en: NÚÑEZ ALONSO, María Pilar. Guía del Archivo de la Real Chancillería de Granada. Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección General de Bellas Artes y Archivos, 1984, pág. 6

La incorporación de los **archivos históricos regionales** al sistema, bajo la custodia del Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios, tuvo lugar a partir de la creación de éste último en 1851: el de Mallorca, el mismo año 1851, el de Galicia en 1859, el de Valencia en 1861, mientras que el de Navarra mantuvo su dependencia de la Diputación, debido al peculiar régimen foral de esta provincia, heredera del antiguo reino ³².

Cierta indefinición existe sobre la incorporación de los **Archivos universitarios** al Cuerpo. Se ha afirmado que el de la Universidad de Granada parece haberse incorporado hacia los años 50 ³³; y que el de la Universidad Complutense debió pasar a depender del Cuerpo con anterioridad a 1873, puesto que ya en 1870 era archivero el ilustre paleógrafo y profesor de la Escuela Diplomática D. Jesús MUÑOZ Y RIVERO ³⁴; y se ha mencionado la R.O. de 3 de marzo de 1873 como fecha de incorporación del de la Universidad Literaria de Salamanca, que hasta entonces había sido una dependencia de la Secretaría General de esta institución ³⁵; pero lo cierto es que ninguno de ellos aparece mencionado en el R.D. de 12 de octubre de 1884, que reorganizaba el Cuerpo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios (Gaceta de 15 de octubre), y que en el Reglamento del Cuerpo de 18 de noviembre de 1887 (Gaceta del 20) aparecen citados solamente los de Madrid, Salamanca, Barcelona y Zaragoza, entre los establecimientos de tercera clase ³⁶.

Los últimos años del s. XIX verán la expansión territorial del Sistema Archivístico Nacional, con la incorporación al Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios de los **Archivos de las Delegaciones de Hacienda**. Las Contadurías Provinciales de Amortización, antecesoras de las Delegaciones de Hacienda, habían recogido abundante documentación procedente de las numerosas instituciones eclesiásticas y civiles nacionalizadas o cuyos bienes habían sido desamortizados, especialmente a partir de 1936, y que se encaminaron en gran medida, con variadas excepciones, hacia la Academia de la Historia, en 1850, y posteriormente hacia el Archivo Histórico Nacio-

³² Para una ampliación, conf. LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «Los archivos históricos territoriales del Estado: de Chancillerías, Regionales, y Provinciales», en: CONFERENCIAS impartidas en el curso «Técnicas de documentación». Dirección Técnica: Remedios Rey de las Peñas. Diputación Provincial de Huelva, 1997-1999 / Pedro López Gómez [et al.]. Huelva: Diputación Provincial, 2000, págs. 49-80.

³³ JIMÉNEZ VELA, Rosario. «El Archivo Universitario de Granada» / Rosario Jiménez Vela, Consuelo de las Mercedes Martín. Bol. De la ANABAD, XLVII, 3-4 (1997) 124.

³⁴ OLIVARES POZA, Antonio. «El Archivo de la Universidad Complutense». Bol. ANABAD, XLVII, 3-4 (1997) 121.

³⁵ HERNÁNDEZ VICENTE, Severiano. «El Archivo de la Universidad de Salamanca». Bol. ANABAD, XLVII, 3-4 (1997) 202-203. En el monográfico dedicado a los archivos universitarios.

³⁶ ARANZADI, Estanislao de (dir). Repertorio cronológico de legislación del Nuevo Estado. 1.ª, Pamplona, s.a., 1 vol., págs. 622 y 626.

nal, creado expresamente con esta finalidad, desde 1866. Las Administraciones Económicas Provinciales, herederas de las anteriores Contadurías, se habían transformado en Delegaciones de Hacienda en 1881, y en sus archivos recogieron abundante documentación desamortizada, de Intendencia y de Hacienda, hasta bien entrado el siglo XIX, pero su desorganización, motivó su entrega, por D. de 17 de julio de 1888, al Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios, lo que no impidió la pérdida de documentación histórica de las provincias, que continuó afluyendo al Archivo Histórico Nacional en algunos casos, y con la oposición generalizada de los archiveros, que propugnaban la creación de redes territoriales de archivos históricos³⁷, a semejanza, aunque no lo mencionen, de las existentes en otros países europeos.

Recordemos, efectivamente, a Francia, donde los archivos departamentales aparecen ya en 1789, con la nueva estructura archivística que nace con la Revolución, aplicando el **principio de territorialidad**; y a nuestro vecino Portugal, donde gracias a la acción de Julio DANTAS, *Inspector Superior de Bibliotecas e Arquivos*, el segundo ciclo portugués de incorporaciones de documentos históricos, llevado a cabo en torno a 1916, propiciaría la creación, ya en ese año, de archivos distritales en Leiria, Bragança, Évora y Braga³⁸, que se irían implantando progresivamente en todo el país, prácticamente hasta finalizar el siglo y completar la red, abandonando la política centralista inicial de concentrar los documentos provinciales en el *Arquivo Nacional da Torre de Tombo*³⁹.

La necesidad de crear archivos **históricos regionales y provinciales**, con carácter general, en toda España, constituía uno de los puntos a debatir en la magna asamblea que preparaba el Cuerpo Facultativo del 23 al 29 de octubre de 1923, cuya finalidad era: «... la reorganización de todos los servicios que el Estado nos encomienda, integrándola con nuevas orientaciones, logrando así relación más eficaz y estrecha con el público y las instituciones sociales;

³⁷ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «Los archivos históricos territoriales del Estado: de Chancillerías, Regionales, y Provinciales», en: CONFERENCIAS impartidas en el curso «Técnicas de documentación». Dirección Técnica: Remedios Rey de las Peñas. Diputación Provincial de Huelva, 1997-1999 / Pedro López Gómez [et al.]. Huelva: Diputación Provincial, 2000, págs. 49-80, conf. págs. 76-77.

³⁸ IRIA JÚNIOR, Joaquim Alberto. *Arquivística e História: contribuição de Júlio Dantas*. Lisboa: Academia Portuguesa da História, 1965, págs. 40-42.

³⁹ Para una evolución de los archivos portugueses: REAL, Manuel Luís. «Gestão do património arquivístico nacional», en CONGRESSO NACIONAL DE BIBLIOTECARIOS, ARQUIVISTAS E DOCUMENTALISTAS (2.º. 1987. Coimbra). *La integração europeia: um desafio à la informação*: actas. Coimbra: Librería Minerva, 1987, 769 pág., págs. 207-246. RIBEIRO, Fernanda. *O Património Documental: da Memória das instituições a memória da Nação*. Porto, 2000. Separata de Biblioteca Portucalensis, 2.ª série n.º 131-14 (1998-1999) 19-39.

vida, en suma, más activa y fecunda, en contraposición a la pasiva y rutinaria que parece caracterizarnos ante la opinión pública ilustrada», en palabra de la Comisión organizadora. El golpe de estado de PRIMO DE RIVERA truncó su celebración, pero la Comisión decidió publicar las comunicaciones en la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos⁴⁰. Hemos indicado las distintas aportaciones y su contenido en su momento⁴¹, por lo que basta señalar ahora que este trabajo de «concienciación» tuvo su fruto en 1931, con el Decreto conjunto de los Ministerios de Justicia y de Instrucción Pública y Bellas Artes, de 12 de noviembre (*Gaceta de Madrid*, 14 de noviembre de 1931), sobre régimen y denominación de los **archivos históricos de protocolos e históricos provinciales**, que los incorporaba al servicio del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, así como los Archivos de las Audiencias Territoriales y del Tribunal Supremo de Justicia. Pese a la distinción entre los archivos que radicarían en las ciudades sedes de los Colegios notariales (Archivos Históricos de Protocolos) y el resto (Archivos Históricos Provinciales), en ambos casos se recogerían los protocolos notariales centenarios, que ya por la Ley orgánica del notariado de 21 de febrero de 1862, se habían declarado pertenecientes al Estado, y ambos también quedarían incorporados al servicio del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.

Julio CERDÁ ha señalado que el mayor interés de los funcionarios del Cuerpo Facultativo destinados en provincias, y encargados de los Archivos de las Delegaciones de Hacienda (archivos administrativos para los que no se sentían motivados debido a su preparación histórica), no se centraba en los protocolos notariales, sino en los archivos municipales, especialmente de las capitales provinciales. Sobre su base proyectaban construir los respectivos archivos provinciales; de hecho, hubo varios intentos incorporacionistas en el siglo anterior, y sería después de la negativa del Consejo de Estado a tramitar un proyecto de creación de un cuerpo de archiveros municipales cuando emprenderían una nueva campaña de recogida de datos sobre estos archivos, que debería culminar con su incorporación. Un cuestionario en 1929, y cuatro campañas de inspección por los funcionarios del Cuerpo, entre 1923 y 1928, arrojarán un saldo negativo sobre la predisposición de los municipios a

⁴⁰ RABM, 3.^a ép., XXVII, Núm. 10-12 (octubre-diciembre, 1923) y RABM, 3.^a ép., XXVIII, Núm. 1-3 (enero-marzo, 1924).

⁴¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Olga. «Los Archivos Históricos Provinciales en su cincuentenario» / Olga Gallego Domínguez, Pedro López Gómez. Boletín de la ANABAD, XXXII, n. 1-2 (1982) 3-36. Y también: GALLEGO DOMÍNGUEZ, Olga. Clasificación de fondos de los Archivos Históricos Provinciales / Olga Gallego Domínguez, Pedro López Gómez. Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas, Subdirección General de Archivos, 1980.

participar con sus archivos en la creación de los archivos provinciales, opinión que compartirán las autoridades eclesiásticas sobre sus archivos, sobre los que se hacen sondeos en el mismo sentido. Las actuaciones se volverán hacia las instituciones que presentarán menos oposición a ceder sus fondos documentales —Justicia y Notariado—, a los que ven más como una carga que como una fuente de beneficios; aunque los notarios se reservarán, a estos efectos, los protocolos de los últimos cien años ⁴².

En el primer tercio de siglo, pese a las notables dificultades de la época, se crearon 14 Archivos Históricos, en las capitales provinciales de Ávila, Ciudad Real, Guadalajara, Huesca, Jaén, Málaga, Pontevedra, Salamanca, Toledo, Valladolid, Zamora, Almería, Palencia y Santa Cruz ⁴³.

Tras la guerra civil, las presiones de los notarios originarán una legislación tan confusa como ambigua, separando los primeros de la custodia del Cuerpo Facultativo, pero sin que pudiesen impedir la sucesiva creación de **Archivos Históricos Provinciales** en distintas provincias hasta acercarse a los 45 existentes en la actualidad. Su trayectoria hacia su caracterización como archivos históricos generales provinciales, con funciones también de intermedios, se truncó con la nueva configuración política del Estado, tras la Constitución del 78, y el surgimiento de las autonomías, que ha originado destinos muy distintos para estos centros, desde su mera anulación, en Cataluña, o su consideración de archivos históricos generales de la comunidad, como en Murcia, o su concepción como archivos históricos provinciales, compartidos por la Administración del Estado y de la Comunidad respectiva, como en Galicia.

2.4. LOS OBJETIVOS: EL ARREGLO Y CONSERVACIÓN DE LOS ARCHIVOS

La Corona se había mostrado interesada, en el **s. XVIII**, en conocer el estado de los archivos, tanto para conseguir un mejor funcionamiento administrativo, como para recuperar fácilmente los documentos que se estimaban de interés. En el proceso de reclamación que los Borbones llevará a cabo contra la Iglesia, la Nobleza, los Concejos y otros particulares, de las regalías y pri-

⁴² CERDÁ DÍAZ, Julio. Los archivos municipales en la España contemporánea. Gijón: Trea 1997, págs. 141-174.

⁴³ MATILLA TASCÓN, Antonio. «Escribanos, notarios y archivos de protocolos en España». Archivum, XII (1962) 3-19, conf. pág. 16; y Guía de los Archivos Estatales españoles. Guía del investigador. Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, 1977, redactada por la Inspección General de Archivos. Don Antonio Matilla indica que se crearon en la década 1931-40. Sospechamos que todos ellos se crearon antes de 1936, pero no hemos tenido tiempo de verificarlo.

vilegios concedidos por sus antecesores, que debían justificar adecuadamente, pues muchas de ellas estaban basadas en cesiones o donaciones falsas o no debidamente probadas, crearán la Junta de Incorporaciones, que se ocupará del estado de los archivos. El informe de Agustín RIOL será una prueba de este interés por la racionalización administrativa y económica ⁴⁴.

Por su parte, el s. XIX supondrá una toma de conciencia social sobre el **patrimonio** ⁴⁵. Fue ahí donde, y pese a una serie de circunstancias negativas, se gestaron las primeras medidas de protección sobre el mismo, se realizaron importantes estudios y se llevó a cabo una intensa labor de difusión a través de los medios de la época. Entre los principales acontecimientos del siglo, en relación con los archivos y el patrimonio documental, podríamos citar el expolio sufrido durante la Guerra de Independencia por las tropas napoleónicas; la destrucción o desaparición de una parte significativa como consecuencia de la desamortización; la creación de archivos, bibliotecas, museos e instituciones para la conservación de una parte importante de este patrimonio mueble; la salida de España de colecciones de pintura, documentos, libros y piezas arqueológicas de singular importancia, desprotegidos, durante mucho tiempo, que llevarían a la adopción de medidas legales, y a la creación de una nueva sensibilidad y concienciación de los ciudadanos respecto al patrimonio.

Añádase a esto la necesidad de crear y organizar una administración adecuada al **nuevo orden constitucional**, que llevaría al establecimiento y organización de los archivos administrativos dependientes de las instituciones de los tres poderes: en las Cortes, en los Tribunales de Justicia, y en los Ministerios y Presidencia de Gobierno, que se incorporarían paulatinamente, en su mayoría, al sistema.

⁴⁴ AGUSTÍN Y RIOL, S. Informe que hizo a Su Majestad, en 16 de junio de 1726, de su Real Orden, don Santiago Agustín Riol, sobre la creación, erección e institución de los Consejos y Tribunales; las instrucciones que se impusieron para obrar según su instituto; el estado que hoy tienen los papeles de sus archivos, y las formas de su antiguo y actual manejo; las causas que hubo en cada uno para perderse o minorarse; los que existen en el Archivo de Simancas, con distinción de su clase y naturaleza, la fundación de aquel Real Archivo, el de Barcelona, y Roma; el actual estado de manejo de sus papeles, y colocación; el paradero que han tenido los causados en Juntas particulares, mandadas formar por diversos negocios, de varios ministros; los Embaxadores, y ministros públicos de fuera; Validos, primeros ministros, y confesores de los reyes predecesores, etc. En él se procuró informar el estado de la Administración española y dar unas pautas para su reorganización más eficaz. En: Seminario Erudito de Valladares Sotomayor, III (1987) 74-236.

⁴⁵ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Francisca. El patrimonio cultural: la memoria recuperada. Gijón: Trea, 2002, pág. 80.

2.5. EL PROCEDIMIENTO: LA CIENCIA ARCHIVÍSTICA

Para lograr su objetivo, el arreglo y conservación de los archivos, la ciencia archivística, creada en el s. XIX, ofrecía un procedimiento, un método, que permitía la clasificación y descripción de los archivos con arreglo a unos principios hoy aceptados unánimemente: los principios de procedencia y de orden originario. Sin embargo, esto no siempre fue así, pues el método clasificatorio por materias fue aplicado con profusión, y a veces simultáneamente con el anterior, en muchos archivos.

No es lugar, ni hay espacio, para hablar de **los teóricos** de la ciencia archivística extranjeros o nacionales conocidos en España en el s. XIX, pero sí podemos recordar que entre las escasas obras publicadas en el s. XIX destacan, según MENDO⁴⁶, las de Porras Huidobro, *Disertación sobre archivos y reglas de su coordinación*, 1830, que aúna conceptos jurídicos y conocimientos de anticuario; TROCHE Y ZÚÑIGA, *El archivo cronológico-topográfico*, 1835, basado en las teorías de los franceses LEMOINE y CHEVRIÈRES; GÜEMES Y WILLAME, *Organización del Archivo de la Corona aplicada a los archivos particulares*, 1876, que tuvo gran trascendencia para la organización de los grandes archivos nobiliarios a finales del s. XIX; y finalmente, RODRÍGUEZ DE MIGUEL con su *Manual del archivero*, 1877⁴⁷.

2.5.1. La Ilustración y el ordenamiento (clasificación) por materias

El sistema de **ordenamiento por materias** (clasificación, diríamos ahora) teorizado primero por LE MOINE y poco más tarde, y en ciertos aspectos polemizando con el anterior, por CHEVRIÈRES, pero ya propuesto en 1765 por PESCARENICO en Italia como método útil para organizar el archivo de la Cá-

⁴⁶ MENDO CARMONA, Concepción. «El largo camino de la Archivística: de práctica a ciencia». Signo. Revista de Historia de la Cultura Escrita. Universidad de Alcalá de Henares, 2 (1995) 113-132.

⁴⁷ GÜEMES Y WILLAME, José de. Organización del Archivo de la Corona: aplicada á los archivos particulares. Madrid: Imp. de Aribau y Cía, 1876. PORRAS HUIDOBRO, Facundo de. Disertación sobre archivos y reglas de su coordinación, útil para todos los que los tienen ó manejan, con un apéndice, noticia original y curiosa de la estimación que tuvo el maravedí y otras monedas que corrieron en Castilla. Madrid: Imp. de León Amarita, 1830. RODRÍGUEZ MIGUEL, Luis. Manual del Archivero o sea Teoría y practica de arreglo y clasificación de los Archivos de las Diputaciones, Beneficencia, Gobierno de Provincia, Ayuntamientos y Administraciones económicas. Toledo: Imprenta de Cea, 1877. TROCHE Y ZÚÑIGA, Froilán. El archivo cronológico-topográfico. Arte de archiveros. Método fácil, sencillo y poco costoso para el arreglo de los archivos particulares, útil á los Hacendados y poseedores de bienes que tienen documentos para conservar sus intereses. Arreglo interior y económico de las casas, dirección y manejo de los intereses de ellas. 2.ª ed. correg. y aum. en 1830. Coruña: Imprenta de Iguetera, 1835.

mara de Milán y utilizado en los decenios siguientes, se ha considerado por los historiadores de la metodología archivística como una aplicación a los fondos documentales de la mentalidad ilustrada, en su búsqueda sistemática de las clasificaciones, que condujo en aquella época a significativas realizaciones en otros campos de la investigación científica. Es preciso, sin embargo, hacer referencia a la fortuna que tuvo tal sistema en los estados gobernados por regímenes ilustrados, en los que se hizo el experimento. Las aplicaciones más significativas tuvieron lugar en Austria y en otros regímenes ilustrados ligados a este país, como Milán y Toscana, en donde la fractura entre el viejo y nuevo sistema de gobierno en las directrices de política económica y en la concepción de las relaciones jurídicas y sociales, hacen inventariar la documentación de las administraciones e instituciones por un sistema distinto al de la «memoria», útil para el desenvolvimiento de una actividad que perduraba en el método y en la finalidad, que se juntaban en el testimonio de una actividad de gobierno que tenía necesidad de los documentos en relación a lo que se había hecho en el pasado ⁴⁸.

La Ilustración había significado un cambio profundo en la concepción del modo de gobernar, suprimiendo privilegios seculares y estructuras administrativas, financieras, jurisdiccionales y corporaciones eclesiásticas, eliminando en muchos archivos su carácter de «memoria» y de «arsenal probatorio» de situaciones perennes; los movimientos revolucionarios primero y la reorganización de la situación política, jurídica y social de casi toda Europa, sujeta directa o indirectamente a la influencia napoleónica y a la influencia de las ideas francesas, convirtió aquella pequeña reforma en un fenómeno de amplias proporciones, con irreversibles consecuencias en el modo de hacer y pensar archivístico ⁴⁹.

Ciertamente, teóricos de la Archivística del s. XVIII y XIX continuarán definiendo el archivo como «tesoro del príncipe», como «conjunto de escrituras para el servicio de la administración, secreta y útil para los relatos históricos». El propio emperador de los franceses concebía la documentación archivística más significativa para la historia de los pueblos dominados por los franceses como un «tesoro», que concentró en un grandioso depósito en París, para traducir en una realidad concreta documental la confluencia de los pasados nacionales en la gloria del Gran Imperio; pero las emergentes ideologías nacionales verían aquella iniciativa como una afrenta a los pueblos sometidos

⁴⁸ CASANOVA, E. Archivística... págs. 382-385. NATALE, A. R. Lezioni di archivistica. II. L'Archivio di Stato di Milano. Avviamento alle ricerche storiche. Milano, 1974, págs. 109-124. Conf. D'ADDARIO, Arnaldo. «Lineamenti di storia dell'archivistica (secc. XVI-XIX)». Archivio Storico Italiano, i (1990) 3-35, especialmente págs. 20-21.

⁴⁹ D'ADDARIO, Arnaldo. «Lineamenti di storia dell'archivistica (secc. XVI-XIX)». Archivio Storico Italiano, i (1990) 3-35, conf. pág. 23.

a los que se sustraía los testimonios más nobles de su pasado, y de su personalidad histórica, pensados como un nuevo instrumento de dominio ⁵⁰.

La posesión de los archivos de los países sometidos se veía no sólo como una necesidad administrativa, sino también psicológica. A partir de 1810, se comenzaron a transferir a París todos o parte de los archivos antiguos y modernos de los reinos sometidos al Imperio. DAUNOU organizará la transferencia de enormes masas de archivos, yendo en persona a Viena y a Roma. En 1810, KELLERMAN comenzó el envío de los archivos españoles, 500 vehículos, de los que 30 partieron de Simancas para alimentar la nueva sección española de los archivos imperiales. Allí se reunieron con los archivos de Piamonte, Florencia, Pisa, Siena, Parma, Plasencia, y los mencionados de Viena, más de 3.139 cajas, y Roma, 450 vehículos con 12.147 cajas, a los que acompañaron incluso los archiveros pontificios ⁵¹.

Pero los estados europeos, librados del imperialismo francés, que no del despotismo de sus propios gobernantes, desharán esta figura imperial tanto física como intelectualmente, y reclamarán al Estado francés sucesor del Imperio los bienes sustraídos.

Esto hacía España con la R.O. de 2 de junio de 1814, disponiendo que se formasen listas de los objetos llevados a Francia para su reclamación: «*Excmo. Sr. El Rey ha resuelto que se reclamen al Gobierno actual de Francia todos los papeles, pinturas y objetos de Bellas Artes e Historia natural que hubiese trasladado á aquel reino el Gobierno intruso de José Bonaparte durante su dominación; y al efecto ha determinado S.M. que por las respectivas Secretarías del Despacho se pidan listas exactas de lo que se llevaron los enemigos del Archivo de Simancas, del de Sevilla y del de la Corona de Aragón; de los Palacios Reales, del Monasterio del Escorial, catedrales y otras iglesias, como igualmente del Gabinete de Historia natural y de la Dirección de trabajos hidrográficos; cuyas listas deberan ser remitidas á esta primera Secretaria de Estado de mi cargo, para que desde ellas sean dirigidas al Sr. Don Pedro Labrador, y á fin de que al tenor de ellas pueda hacer la debida reclamación, según le está encargado. —De Real orden, etc.—Madrid 2 de Junio de 1814*» ⁵². Tras muchas peripecias y años, regresarían finalmente a suelo español, algunos ya en el período franquista.

⁵⁰ Menciona D'Addario a Zinkernagel, Bachmann y Erhard. Conf. D'ADDARIO, Arnaldo. »Lineamenti di storia dell'archivistica (secc. XVI-XIX). Archivio Storico Italiano, i (1990) 3-35, conf. pág. 24.

⁵¹ FAVIER, Jean. Les archives. 2.^a ed., [París]: Presses Universitaires de France, 1965, páginas 34-35.

⁵² C.L., t. 1.º, pág. 51, conf. MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, págs. 101-602.

2.5.2. Nacimiento y aplicación del principio de procedencia en Europa

La reacción contra las tendencias niveladoras de la Revolución y contra el dominio de Napoleón desarrolló un nacionalismo incipiente, y los pueblos europeos fueron tomando conciencia de su individualidad nacional, comenzando a utilizar la historia nacional como una fuente de reforzamiento en situaciones de crisis. Y la publicación de fuentes documentales se convertirá en objetivo de vigorosos movimientos historiográficos.

Aparecerá así una concepción romántica de los archivos, que si bien en cierto modo continuaban considerándose como tesoros, no se atribuían ya en cuando a su pertenencia al príncipe, sino a la nación, de cuya identidad histórica eran considerados testimonios primarios e inalienables. Esta concepción se unirá a otra de naturaleza erudita, ya preexistente, que consideraba los documentos archivísticos como fuente esencial para repensar la historia y cuya publicación se convertirá en objetivo de grandiosas colecciones documentales.

Aparecerán los **archivos nacionales**, creaciones «*ex novo*», que se entregarán para su custodia no a funcionarios competentes y formados en ciencias jurídicas, sino a eruditos, muchos de ellos conocedores de las técnicas bibliotecarias, preocupados por la historia medieval, y que desarrollaron un trabajo similar al utilizado con las grandes colecciones de manuscritos de las bibliotecas. Esto se comprueba en su poco interés por las transferencias de documentos procedentes de las administraciones gubernamentales, que fueron desdeñados, debilitándose un vínculo que sólo se recordaba cuando aquellas se empeñaban en deshacerse de grandes masas de papel que entorpecían su labor; y también se demuestra en el arreglo de los documentos con puntos de vista que no coincidían con su naturaleza, y sí con su posible uso erudito, formando colecciones de «*biográfica, militar, eclesiástica*» u otras varias, cuando no eran encajados en esquemas clasificatorios sin ninguna consideración con su conexión original, siguiendo el modelo de los «*classement*» utilizado en el Archivo Nacional de París⁵³.

La consecuencia será un profundo **cambio en la metodología** de la organización y de la inventariación de los archivos. El método que denominarán «*storico*» en Italia, se convertirá en el siglo XIX en el argumento central del debate archivístico, en contraposición dialéctica con el sistema de los «*ca-dres de classement*» característico de la archivística francesa. Aquel método

⁵³ POSNER, Ernst. Alguns aspectos do desenvolvimento arquivístico a partir da revolução francesa. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Arquivo Nacional, 1959, págs. 14-16.

parece no sólo el más conveniente a la naturaleza del fondo documental, sino el que mejor contribuye a mostrar la estructura interna y el contenido documental de todos los archivos ⁵⁴.

La concentración en depósitos centrales de ingentes masas de documentos de instituciones desaparecidas del Antiguo Régimen, obligaron a conservar lo que no se podía o no se quería destruir, por motivos de orden cultural, que ya actuaban difusamente. Todos esos documentos de múltiples orígenes y diverso carácter obligaba a plantearse el problema de su **organización** global, su **clasificación** y su preparación para la investigación.

Según lo expresado, había **dos procedimientos**, fundir el conjunto en un todo, dividido en clases y secciones, que facilitasen la investigación, formando en consecuencia como grandes centros de documentación, como se hizo con la documentación milanesa, y en los archivos alemanes y en los franceses, siguiendo la estructura de «*cadres de classement*». Este método, que reflejaba una mentalidad erudita, que tendía a evidenciar los «*monumenta*» y no la documentación ordinaria, se contraponía con el segundo, que tomó conciencia del contenido y del fin metodológico, tomando a la hora de organizar y describir estas masas documentales, en vez del contenido y los argumentos documentales, la referencia a la autoría de los fondos documentales, la actividad y el interés propio de su génesis, y tomando como principio fundamental para la organización de los archivos el **principio de proveniencia o de procedencia**, cuya aplicación a la elaboración teórica de la Archivística española ha sido estudiada por Martín-Pozuelo, principio que potencia la conservación de todas las piezas archivística en el lugar en el que en origen se ubicaron como instrumento acumulativo del proceso histórico ⁵⁵.

El primer cuadro de clasificación del Archivo Nacional francés se creó en 1808 por Pierre DAUNOU, siguiendo las ideas de los enciclopedistas y de ciertos «*feudistes*». Desmembraba completamente los papeles gubernamentales y de instituciones religiosas distribuyéndolos en secciones legislativas, administrativas, judiciales e históricas. Los documentos se repartían materialmente en series sistemáticas, según una concepción teórica que hacía algunos

⁵⁴ D'ADDARIO, Arnaldo.»Lineamenti di storia dell'archivistica (secc. XVI-XIX). Archivio Storico Italiano, i (1990) 3-35, conf. págs. 27-30.

⁵⁵ MARTÍN-POZUELO CAMPILLOS, M. Paz. La construcción teórica en Archivística: el principio de procedencia. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1996.

MARTÍN-POZUELO CAMPILLOS, M.^a Paz. «Hacia la formación de la Teoría archivística: el Principio de Procedencia en España. 1828-1923». En: Historia de los archivos y de la archivística en España / coordinadores, Juan José Generelo, Ángeles Moreno López; autores, Ramón Alberch y Fugueras... [et al.]. I. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, [1998], págs. 43-70.

años había ejercido sus arrasamientos en los archivos milaneses con ILARIO CORTE Y PERONI, y en los archivos florentinos con BRUNETTI. Y el mismo principio se adoptó en otros muchos países con deplorables resultados en la integridad de los archivos, como se hizo en Prusia, Austria, Milán, y otros varios ⁵⁶.

Se tardaría medio siglo en reaccionar contra este sistema. El **principio de proveniencia** o de *«respect des fonds»*, como se llamó originariamente en francés, fue elaborado por primera vez por el archivero, diplomata e historiador NATALIS DE WAILLY, en una circular del Ministerio del Interior de 1841, indicando que todos los documentos procedentes de un mismo cuerpo, establecimiento, familia o individuo, forma un fondo, y deben mantenerse unidos, y su complementario, que los documentos que sólo hacen referencia a un establecimiento, cuerpo, o familia, no deben confundirse con el fondo de otro establecimiento, cuerpo, familia, etc.

«Selon se principe, chaque fonds d'archives —c'est-à-dire l'ensemble des archives d'une même institution— doit conserver son unité et ne peut être mêle, sous quelque prétexte que se soit, au fonds d'une autre institution. Car c'est le seul moyen de comprendre le fonctionnement de cette institution et d'en utiliser avec profit les documents.» ⁵⁷

Este principio fue proclamado en Francia y Bélgica en torno a 1840, y su aplicación se extendió en las décadas siguientes, reconociéndose como la única base para la organización de los archivos. Tuvo su última y marcada expresión en la doctrina holandesa prusiana, que lo completó con su corolario, el principio del *«respect for original order»*, que se identificaría como *«Strukturprinzip»* por los archiveros alemanes del Archivo Real de Prusia en 1880 ⁵⁸, según la cuál los documentos deberían ser mantenidos en el orden y con las marcas que habían recibido en el curso de su actividad oficial en la oficina administrativa respectiva.

Finalmente, aparecerá así el principio de procedencia enunciado por los archiveros de los Países Bajos, MULLER, FEITH y FRUIN, que concibe el fondo histórico no ligado a su finalidad de goce jurídico o cultural, sino a las

⁵⁶ BAUTIER, Robert-Henri. «Les Archives», en *L'Histoire et ses méthodes* / direction de Charles Samaran. Paris: Gallimard, 1961, págs. 1120-1166, conf. pág. 1134. DUCHEIN, Miguel. «The history of European archives and the European archival profession. The American Archivist, v. 55, n. 1 (1992) 14-25, conf. pág. 19.

⁵⁷ BAUTIER, Robert-Henri. «Les Archives», en: *L'Histoire et ses méthodes* / direction de Charles Samaran. Paris: Gallimard, 1961, págs. 1120-1166, conf. pág. 1135.

⁵⁸ DUCHEIN, Miguel. «The history of European archives and the European archival profession. The American Archivist, v. 55, n. 1 (1992) 14-25, pág. 19-20.

consideraciones de su estructura interna. Se evidenciaba así la característica estructural del complejo y al tiempo la individualidad de sus componentes. Y se valorizaban los trazos administrativos de los archivos, que comenzaron a regularizar las transferencias documentales de las administraciones públicas y a reclamar participación en relación a la preservación de los documentos.

Puede afirmarse que la moderna ciencia archivística como tal, comenzó con estos dos principios básicos, el de procedencia y el del respeto al orden originario. Y curiosamente, los tratados teóricos con explicaciones y comentarios sobre ambos no fueron ni alemanes ni franceses, sino holandeses, italianos e ingleses, con los manuales de Eugenio CASANOVA, Hilary JENKINSON, y MÜLLER, FEITH y FRUIN⁵⁹.

2.5.3. La aplicación del principio de procedencia en España

Sin embargo, conviene hacer ciertas matizaciones en relación a **España**, donde la penetración de la influencia ilustrada en la administración fue muy limitada, y en donde la ruptura con las instituciones del Antiguo Régimen fue más tardía que en otros países europeos; ciertamente el influjo napoleónico se dejó sentir, pero fue efímero; y la supresión de conventos y monasterios, y de los bienes de gremios y corporaciones y comunales fue un proceso que se alargó por toda la primera mitad del siglo XIX, por acción de los liberales en su trienio de gobernación, y por MENDIZÁBAL en 1936, y especialmente por MADDOZ, en 1855.

A uno y otro lado del Atlántico, tanto en España como en sus posesiones americanas, en palabras de Vicenta CORTÉS⁶⁰, *«las actas, las cédulas, las cartas, las visitas, los pleitos, ... se van a organizar como se hacía en las*

⁵⁹ CASANOVA, E. Archivistica. Siena: Stab, arti grafiche Lazzeri, 1928. 2.^a ed. Siena, 1928. Torino: Bottega d'Erasmus, 1968. JENKINSON, Hilary. A manual of Archive Administration including the problems of war archives and archive making. Oxford: Clarendon Press, 1922. (3.^a ed. rev., London: Lund Humphries, 1965). JENKINSON, Hilary. A Manual of Archive Administration. A reissue of the revised second edition with an introduction and bibliography by Roger H. Ellis. London: Pency Lond, Humphries and Co. Ltd, 1966. MÜLLER, S. Handeiding voor het ordenen en beschrijven van Archieven / S. Müller, J.A. Feit, R. Fruin. Groenningen: Erven B. Van der Kamp, 1898. Esta obra no tuvo apenas repercusión hasta ser traducida al inglés, y a partir de entonces constituyó un clásico de la Archivística: Versión inglesa: Manual for the arrangement and description of archives. Drawn up by direction of the Netherlands Association of Archivists by S. Muller Fz., J.A. Feith and R. Fruin Th. Az. Translation of the second edition by Arthur H. Leavith. Reissue with a New Foreword by Ken Munden. New York: H.W. Wilson Company, 1968. Trad. brasileira de Manoel Adolpho Wanderley, sob o título: Manual de arranjo e descrição de arquivos. 2.^a ed., Rio de Janeiro. Ministério da Justiça, Archivo Nacional, 1973.

⁶⁰ CORTÉS ALONSO, Vicenta. «La Archivística en España y en Hispanoamérica». Stui sull'Archivística / a cura di Elio Lodolini. Roma: Bulzoni Editore, 1992, 77-85, conf. pág. 80.

secretarías de los Consejos castellanos... respetando el origen, organizando las series, atendiendo a la jerarquía de la unidad productora». En Madrid, en las oficinas reales, en Sevilla en la Casa de Contratación, y en el Archivo de Simancas; y las Audiencias, los municipios, las catedrales de una y otra orilla, salvo si han sufrido «arreglos» posteriores, tenían sus archivos igualmente tratados, como resultado de una actividad burocrática y archivística común⁶¹.

Lo cierto es que el **principio de procedencia** se utiliza de una manera natural en los archivos españoles como parecen haber demostrado para el siglo XVI en el Archivo de Simancas y para el XVIII en el de Indias los trabajos de CORTÉS ALONSO, RODRÍGUEZ DE DIEGO y ROMERO TALLAFIGO, y para los Archivos de las Delegaciones de Hacienda en el s. XIX los de Olga GALLEGU⁶².

La teorización sobre la clasificación y los cuadros de clasificación tienen también una amplia tradición en la archivística española. Así, ya en 1877 publicaba RODRÍGUEZ DE MIGUEL su *Manual del archivero*, donde daba pautas para la elaboración de cuadros en distintos fondos documentales, y en 1885, CARRASCO GUISÁSOLA publicaba el correspondiente al Ministerio de Marina, que responde a criterios muy actuales⁶³.

⁶¹ Recopilación, Ley VII, lib. II, titl II. «Mandamos a los del nuestro Consejo de Indias, que siempre tengan cuidado de dividir y partir todo el Estado de ellas, descubierto y por descubrir: para lo temporal en Virreynatos, Provincias de Audiencias y Chancillerías Reales, y Provincias de Oficiales de la Real Hacienda, Adelantamientos Gobernaciones, Alcaldías Mayores, Corregimientos, Alcaldías ordinarias y de la Hermandad, Concejos de Españoles y de Indias: para lo espiritual e Arzobispados y Obispados sufragáneos, y Abadías, Parroquias y Desmedías, Provincias de las Ordenes y Religiones, teniendo siempre atención a que la división para lo temporal se vaya conformando y correspondiendo cto se compareciere con lo espiritual...». Conf. CORTÉS ALONSO, Vicenta. «La Archivística en España y en Hispanoamérica». Stui sull'Archivística / a cura di Elio Lodolini. Roma: Bulzoni Editore, 1992, 77-85, pág. 80-81.

⁶² CORTÉS ALONSO, Vicenta. «Las ordenanzas de Simancas y la administración castellana». Actas del IV Symposium de Historia de la Administración Pública. Madrid, 1984, págs. 197-224. GALLEGU DOMÍNGUEZ, Olga. «La organización de un fondo monacal: el Monasterio de Santa María de Oseira (Orense)». CONGRESSO NACIONAL BAD. I.º. 1985. Porto. A Informação em Tempo de Mudança. Actas. vol. I. Porto, BAD, 1985, v. 2, págs. 383-420. RODRÍGUEZ DE DIEGO, José Luis. Instrucción para el gobierno del Archivo de Simancas (Año 1588).- Madrid, 1989. ROMERO TALLAFIGO, Manuel «El principio de «respeto a la procedencia de los fondos» en las Ordenanzas de Carlos IV para el Archivo General de Indias». Boletín de Archivos. Madrid, 3 (1978) 357-366. ROMERO TALLAFIGO, Manuel. «Ordenanzas del Archivo General de Indias: pasado y presente de la archivística española», en: Ordenanzas del Archivo General de Indias. Sevilla, 1986, págs. 123-148.

⁶³ RODRÍGUEZ DE MIGUEL, Luis. Manual del archivero o sea teoría y práctica de arreglo y clasificación de los archivos de las diputaciones, beneficencia y gobiernos de provincia, ayuntamientos y administraciones económicas. Toledo, 1877. CARRASCO GUISÁSOLA, Francisco. Cuadro Sinóptico de la Clasificación General del Archivo del Ministerio de Marina. Madrid: Imprenta de Infantería de Marina, 1885.

2.5.4. Las clasificaciones en los archivos generales españoles

Una de las competencias o facultades de la Junta Superior Directiva de Archivos, cuya organización fue determinada por el R.D. de 6 de noviembre de 1847, era: *«la clasificación general de todos los papeles y documentos que encierran los mencionados Archivos judiciales y generales con dobles índices cronológico y alfabético, proponiendo los que deben ser trasladados a los Archivos de Simancas, Sevilla o Barcelona, a fin de completar las respectivas colecciones que en ellos existan, y los que haya de quedar en la corte para la formación de un archivo general en la misma»*⁶⁴; sin embargo, cada uno de ellos siguió criterios diferentes en esta tarea.

En **Simancas**, según palabras de PLAZA BORES⁶⁵, como archivo administrativo que fue, hubo tendencia a conservar cada ingreso como elemento autónomo y, con la excepción de algunas series de documentación uniforme y de clara ordenación cronológica (como el Registro de Corte y los Memoriales de Cámara, cuyos sucesivos envíos se iban reuniendo con los anteriores formando una serie continua), el número de grupos documentales era casi tan grande como el de remesas. Y aunque Diego DE AYALA en el s. XVI, Francisco y Antonio DE HOYOS en el XVII, y sobre todo, Tomás GONZÁLEZ, a principios del s. XIX, realizaron una interesante labor sistematizadora, la clasificación de sus fondos se resiente de «este vicio de origen», por lo cual, sus secciones en la época del mencionado PLAZA BORES eran 28, pese a poder reducirse a ocho agrupaciones fundamentales:

1. Patronato Real
2. Secretarías del Consejo de Estado y Correspondencia Diplomática
3. Secretarías de los Consejos de Flandes, Italia y Portugal
4. Secretarías y Escribanías del Consejo y de la Cámara de Castilla
5. Registro del Sello de Corte
6. Casa Real-Obras y Bosques
7. Secretarías del Consejo de Guerra y Secretarías del Despacho de Guerra y del Despacho de Marina

⁶⁴ MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, pág. 603.

⁶⁵ PLAZA BORES, Ángel. Archivo General de Simancas. Guía del investigador, 3.ª ed., Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección de Archivos Estatales, 1986, pág. 91-92.

8. Hacienda (Secretarías y Escribanías del Consejo de Hacienda y Secretaría del Despacho de Hacienda, Contaduría Mayor de Hacienda, Contadurías Mayor de Cuentas, Dirección General de Rentas y Comisaría de Cruzada).

La primera, Patronato Real, creada en el s. XVI por Diego DE AYALA, fue imitada en el AGI, en el s. XVIII, con el mismo criterio selectivo en razón al supuesto valor de los documentos.

Las Ordenanzas del **Archivo General de Indias** de 1790 dedicaban a cuestiones de clasificación y catalogación cuarenta y cuatro (4 a 47) de sus noventa y cuatro capítulos. Su exagerada minuciosidad, dice de la Peña, y acaso también cierta abstracta racionalización dieciochesca hicieron que no fueran seguidas sino por poco tiempo y sólo en ciertos aspectos generales. En el capítulo IV se determinaba que *«por ahora el principal cuidado ha de ser coordinar y colocar los papeles, con tal método y distinción que cualquiera de ellos pueda hallarse con prontitud y facilidad»*. El caso es que en el AGI se salvaron, en líneas generales, las identidades de los fondos documentales de las distintas instituciones de procedencia, pero no quedó libre de los afanes de formar colecciones de documentos que se estimaban de interés, como la realizada por el oficial Diego JUÁREZ, entre los años 1814 y 1819, con la sección facticia denominada Patronato ⁶⁶, la de Títulos de Indias y la creada por motivos de conservación de Mapas y Planos. Sus fondos, básicamente procedentes del Consejo de Indias, Secretarías de Despacho y Tribunal de Cuentas, Casa de Contratación y Capitanía General de Cuba, fueron distribuidos en XVI secciones, en los que —salvo en las de Justicia y Gobierno, con variadas procedencias, pueden identificarse fácilmente las instituciones productoras ⁶⁷.

En cuanto al **Archivo General Central**, los 139.974 legajos que custodiaba en 1929 se **clasificaban** en tres grandes secciones ⁶⁸, que se desglosaban en fondos, según una procedencia institucional:

Sección primera: Clero:	Iglesia Magistral de Alcalá de Henares
Sección segunda: Ministerios:	Fomento
	Gobernación
	Guerra
	Hacienda

⁶⁶ PEÑA Y CÁMARA, José María de la . Archivo General de Indias de Sevilla: Guía del visitantes. Valencia: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, págs. 53-54.

⁶⁷ PEÑA Y CÁMARA, José María de la . Archivo General de Indias de Sevilla: Guía del visitantes. Valencia: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, págs. 80-81.

⁶⁸ TORRE REVELLO, José. Archivo General en Alcalá de Henares. Reseña Histórica y Clasificación de sus fondos. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1926, págs. 8.

Sección tercera: Tribunal de Cuentas:

España: Estado
Fomento
Gobernación
Gracia y Justicia
Guerra
Hacienda
Marina
Ultramar: Cuba: Central
Colecturías
Fernando Póo
Filipinas
Puerto Rico: Central
Colecturías
Santo Domingo
Varios

En cuanto a la clasificación interior de los fondos, parecían responder a un criterio orgánico-funcional, con subdivisiones de asuntos que a veces parecen identificarse con determinadas series documentales ⁶⁹.

Pero esta utilización habitual y natural del principio de procedencia que podemos ver en Simancas o en Indias, o en el Archivo General Central, se trunca, al clasificar los fondos del AHN, e interferirse las influencias foráneas de las clasificaciones por materias, propias como hemos visto de las corrientes ilustradas francesas, con las tradicionales de mantenimiento de la identidad de los fondos.

DE LA CRUZ HERRANZ ha exhumado un documento de singular importancia para entender los criterios utilizados en la **clasificación de los fondos del Archivo Histórico Nacional**. Es la contestación, fechada el 24 de abril de 1897, del Director del Archivo, Vicente VIGNAU Y BALLESTER, a una circular, de 17 de marzo de 1897, enviada por la Comisión inspectora de los trabajos de catalogación en los establecimientos del ramo, alto organismo del Cuerpo Facultativo que entendía en los asuntos puramente técnicos, y nacida al tiem-

⁶⁹ TORRE REVELLO, José. Archivo General en Alcalá de Henares. Reseña Histórica y Clasificación de sus fondos. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1926, págs. 10-34.

po que dicho Cuerpo con el nombre de Junta Superior Directiva de Archivos y Bibliotecas (R.D. 17 julio 1858, art. 10 y 11). En ella se indica cuál era la organización del archivo en la fecha, y cuáles eran los criterios archivísticos predominantes ⁷⁰.

El archivo está dividido en 12 secciones:

1. Archivo de las Órdenes Monásticas
2. Idem de las Órdenes Militares
3. Idem del Clero Secular
4. Idem de Universidades y Colegios
5. Idem de Corporaciones y Particulares
6. Archivos Judiciales
7. Archivos Gubernativos
8. Códices y Cartularios
9. Papeles de Estado
10. Heráldica
11. Sigilografía
12. Varios

Las cinco primeras secciones y la 9, Papeles de Estado, no presentan problemas, y son, en realidad, agrupaciones de archivos del mismo carácter. Grupos de fondos, los denominaríamos hoy. Las Secciones gubernativa y judicial hacen referencia a las funciones que compartían la mayoría de las instituciones administrativas del Antiguo Régimen, y de ellas nacerían las posteriores de Consejos Suprimidos y de Inquisición. Incluso es dudoso que la existencia de dos secciones diferentes implicase una división física, bastante problemática. Las secciones de Códices y Cartularios, Heráldica y Sigilografía son evidentemente artificiales, constituidas con documentos de diversas procedencias. Y varios es un cajón de sastre que dará origen a la no menos ambigua sección de Diversos.

Vemos por tanto que conviven dos criterios clasificatorios, uno el institucional, y otro el temático, que perdurarán hasta nuestros días; el propio SÁN-

⁷⁰ CRUZ HERRANZ, Luis Miguel de la. «El Archivo Histórico Nacional en un momento importante de su historia (1897)». *Hidalguía*, XXXIX (1991) 513-533.

CHEZ BELDA, al hablar de las clasificaciones efectuadas en los siglos XIX y XX, decía que el AHN estaba formado por un conjunto de archivos de distinta procedencia, agrupados en Secciones según un criterio histórico, que *«no son propiamente tales en el sentido que tienen en otros archivos, es decir, el de divisiones o dependencias de un mismo organismo... son verdaderos archivos con personalidad propia, sin más lazo de unión con las restantes que su carácter histórico y el hecho de formar entre todas un depósito común... cada Sección reúne en sí la documentación de archivos distintos, estructurados en ella por razones de afinidad»*.

El cuadro general de clasificación de fondos ofrecido en su guía era el siguiente⁷¹:

1. Clero Secular y Regular.
2. Órdenes Militares
3. Estado
4. Juros
5. Universidades y Colegios
6. Sigilografía
7. Inquisición
8. Códices y Cartularios
9. Consejos Suprimidos (Castilla, Aragón, Indias, y Hacienda)
10. Ultramar
11. Osuna
12. Diversos

La imposibilidad de incluir el desarrollo de este cuadro nos esconde mucha información relevante, pero ya de entrada podríamos decir que faltaba una jerarquización adecuada de los fondos, y que la aplicada presentaba algunas contradicciones, como el no mencionar la existencia de los Consejos de Estado, Órdenes e Inquisición, e incluir en una única los fondos de los Consejos de Castilla, Aragón, Indias y Hacienda, que fueron tratados en su día como un fondo único, debido a problemas de identificación. Y por

⁷¹ SÁNCHEZ BELDA, Luis. Guía del Archivo Histórico Nacional. Madrid: Dirección General de Archivos y Bibliotecas, 1958, págs. 25-27.

supuesto no resultaba válido colocar todas estas agrupaciones al mismo nivel que la Sección de Juros, documentación procedente de la Dirección General de la Deuda, que equivaldría lo máximo a una serie documental. Así que división de fondos en agrupaciones distintas, confusión de documentos de distintos fondos en una única agrupación y agrupaciones arbitrarias en razón de su formato y antigüedad, con pérdida de su conexión con el órgano productor, son algunos de los problemas que ofrecía la clasificación ofrecida en la Guía de SÁNCHEZ BELDA y que continuaban magnificados en la de CRESPO NOGUEIRA, esta última con algunos avances renovadores propiciados por Vicenta CORTES ⁷².

En su día hicimos una crítica de esta situación, que no nos parecía acorde con el prestigio de la institución, y los criterios archivísticos del momento, postura en la que no estuvimos solos ⁷³. Afortunadamente, el paciente trabajo de identificación de fondos llevado a cabo por M.^a Jesús ÁLVAREZ COCA permitió superar esta situación claramente decimonónica, al aplicar rigurosamente la norma isad (g) de descripción archivística, a la que se sujeta hoy la clasificación de los fondos del más importante archivo histórico español ⁷⁴.

En cuanto **tratamiento archivístico** de la documentación, volviendo a la contestación del 24 de abril de 1897 del AHN, queda ya definido en la primera pregunta: *«Los documentos de este archivo forman dos grandes series: la Diplomática y la Histórica. La Diplomática comprende todos los documentos al período paleográfico (siglos IX al XVI), divididos en Reales, Eclesiásticos y Particulares, y colocados por orden cronológico dentro de cada procedencia. La Histórica contiene los papeles del siglo XVI en adelante y están clasificados por materias, arreglados por legajos, siguiéndose dentro del legajo el orden cronológico o alfabético»* pero aclara que *«Independientemente de esta clasificación, que sólo afecta a la manera como están catalogados los documentos, se dividen los fondos de este archivo en doce secciones»* ⁷⁵.

⁷² ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL. Guía / bajo la dirección de Carmen Crespo Nogueira. Madrid: Ministerio de Cultura. Dirección General de Bellas Artes y Archivos. Dirección de Archivos Estatales, 1989.

⁷³ CORTÉS ALONSO, Vicenta. «Organización de fondos en los Archivos Históricos ¿Los archivos intocables? Los mitos, la falta de recursos y el temor reverencial». Revista del Archivo General de la Nación. Lima, 14 (1996) 17-36. LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «La documentación de la Administración Central en la Edad Moderna», en: EL PATRIMONIO documental, fuentes documentales y archivos / Bonifacio Palacios Martín... [et al]; coordinadores, M.^a de la Almudena Serrano Mota, Mariano García Ruipérez. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 1999, págs. 51-92.

⁷⁴ ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, María Jesús. «El Departamento de coordinación y normalización. Organización y Funcionamiento». Bol. ANABAD, XLVI, 1 (1996) 261-280. En el monográfico dedicado al Archivo Histórico Nacional.

⁷⁵ CRUZ HERRANZ, Luis Miguel de la. «El Archivo Histórico Nacional en un momento importante de su historia (1897)». Hidalguía, XXXIX (1991) 513-533, pág. 522.

Hay una primera división de toda la documentación en dos grandes bloques, Diplomáticos e Históricos, cuya línea de separación es el s. XVI y que parece responder a las corrientes historiográficas de la época que tienden a buscar las raíces de la historia en la edad media; los métodos históricos precisarán del desarrollo de la ciencias auxiliares de la historia y de los archiveros profesionales. Y la segunda, la Histórica, estará formada por legajos en papel, menos estimado que el pergamino, en legajos clasificados en materias y ordenados cronológica o alfabéticamente: *«La agrupación de los documentos dentro de los legajos se hizo por materias, guardando en cada uno de ellos el orden cronológico, topográfico o alfabético, según lo exigen la índole del concepto y la mayor facilidad en el cumplimiento de los pedidos»* (pregunta 3).

No debe extrañarnos este método. De hecho tiene notables similitudes con el propuesto para la documentación del **Archivo del Reino de Galicia**, que en pequeño, tiene una estructura similar a la del AHN, en cuanto custodio de documentación del Antiguo y del Nuevo Régimen, tanto de instituciones públicas como privadas, incluyendo entre éstas a las eclesiásticas, criterio divisorio éste no aceptado por todo el mundo, que afirma el carácter público de las instituciones eclesiásticas con anterioridad al s. XIX, cuestión que parece exagerar hasta límites extremos el papel predominante de la Iglesia en la España católica y absolutista.

El art. 23. del Reglamento⁷⁶ no promulgado del ARG indica que todos los papeles del archivo se distribuirán en tres grandes clases, ó secciones: 1.º Sección de instrumentos de fé publica, 2.ª Sección de asuntos judiciales, y 3.º Sección general. Y en artículos sucesivos nos va aclarando lo que contienen cada una de estas secciones: art. 24. A la sección de instrumentos de fe pública corresponden los registros o protocolos de escrituras que se encuentran en el archivo y los que en adelante se le pasen, los expedientes de visitas de Escribanías con sus epactas o índice, y los instrumentos de esta clase en copias, o testimonios, que se hallen sueltos, o fuera de expedientes judiciales.— Art 25. A la sección de asuntos judiciales pertenecen todas las causas, pleitos y expedientes, que al presente custodia el archivo, o en adelante se le pasen, ya hayan principiado en la Audiencia, o se hayan seguido en los juzgados de primera instancia, jurisdicciones suprimidas y otras especies, y toquen al interés de particulares.— Art 26. La sección general la compondrán todos los papeles sobre asuntos que no son judiciales, ni instrumentos de fe pública, o que si pertenecieron a la clase judicial, interesan al Gobierno, ya

⁷⁶ Reglamento para el Régimen y Gobierno del Archivo General de Galicia. Coruña: Imprenta á cargo de Manuel Portela, 1853.

sean político administrativos, o eclesiásticos; y los papeles de la misma clase, que por cualquiera otro motivo, o accidentes, se encuentren o pasen al archivo.

Ahora bien, dentro de la sección judicial, la fecha de 26 de septiembre de 1835, en que se crearon los Juzgados de 1.º instancia, marca la separación entre la sección antigua judicial y la sección nueva judicial. En ésta, los papeles se colocarán guardando riguroso orden cronológico y alfabético, distribuyendo los asuntos por provincias, y partidos judiciales en que se siguieron, y con la distinción de civiles y criminales (Art. 29); en aquella, se reformará la colocación de los papeles bajo el orden y sistema riguroso alfabético y cronológico, cesando enteramente la denominación de escribanías de asiento que en el día llevan (art. 33).

La naturaleza, no obstante, es muy testaruda, y la separación de los documentos judiciales y gubernativos de los fondos del Antiguo Régimen no llegó a ser una realidad en las organizaciones que se llevaron a cabo en el Archivo del Reino de Galicia donde la clasificación del fondo más significativo, el de la **Real Audiencia de Galicia**, por escribanías y subclasificaciones por categorías de demandantes y en ciertos casos por series tipológicas, de manera muy similar en cada escribanía, sufriría una reforma, en 1911, con Martínez Salazar, suprimiendo las escribanías, y refundiendo las subclasificaciones por categorías de demandantes y series de todas ellas en una única división. Esto y con todo, manteniendo la unidad de procedencia de los documentos de la Real Audiencia y de organismos dependientes de ella, como la Sala del Crimen, el Juzgado de Provincia, o el Juzgado de la Protectoría del Voto del Apóstol Santiago, o de otros fondos diferentes ingresados con posterioridad. En resumen, aplicación parcial del principio de procedencia, sin una jerarquización adecuada de los fondos, y creación de secciones para la mejor administración de los fondos, que es algo distinto al establecimiento de secciones como fruto de una clasificación científica, orgánica o funcional, de los mismos ⁷⁷.

En cuanto a las **clasificaciones** de fondos en el **Archivo de la Corona de Aragón**, la confusión es mucho mayor, pues éste siempre tuvo un peculiar sistema, obsesionados sus archiveros como estaban por el antiguo Archivo Real y por las colecciones documentales medievales, lo que se tradujo en la configuración de la «*collectanea*», en la creación de una hipotética sección de Cancillería Real, y de otra de Real Patrimonio, englobando la Bailía y el Maestre Racional. Experiencias personales sobre este asunto me hacen cono-

⁷⁷ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. La Real Audiencia de Galicia y el Archivo del Reino. Santiago: Xunta de Galicia, D.L. 1996, v.2, págs. 944-951.

cedor del inmovilismo archivístico de algunos de sus funcionarios facultativos, para quienes el principio de procedencia tiene una aplicación siempre distorsionada por la visión nacionalista u oportunista del momento. La *Guía de UDINA* está plagada de perlas como la siguiente: «*Esta serie (volúmenes de Cancillería) comprende la colección de registros mencionada, más otros manuscritos, de procedencia diversa, y los que contienen actas de Cortes, es decir, procesos de Cortes y un conjunto de volúmenes varios*»; en su reconstrucción de un pasado archivístico ideal llegaron incluso a inventarse instituciones inexistentes: «*Felipe V suprimió el Consejo (de Aragón), pasando sus ministros a formar la Cámara de Aragón dentro del Consejo de Castilla*»⁷⁸.

En otros archivos administrativos también fue frecuente la aplicación del principio de procedencia, como en los de las **Delegaciones de Hacienda**, en relación a la documentación desamortizada que tuvieron que incorporar procedente de monasterios y conventos. Olga GALLEGO ha estudiado las instrucciones del Delegado de Desamortización de Ourense, para incorporar los de monasterios de la provincia, que suponemos no es una excepción al procedimiento seguido en el resto de España⁷⁹.

Los usos franceses y españoles influyeron en América, en la del norte aquellos, en la del sur ambos. Consecuentemente, en los **Archivos Nacionales hispano-americanos** se formaron dos grandes secciones: Colonia y República, pero con frecuencia, siguiendo las modas imperantes, muchos de ellos se organizaron «por materias», desde Abastos a Virreyes, deshaciendo las series de las Audiencia, como sucedió en México, Colombia y Guatemala, entre otros⁸⁰.

2.5.5. Los expurgos «científicos» en el s. XIX

Bueno será que introduzcamos otro tema sobre el que existen escasas referencias. El de los **expurgos científicos**, si entendemos por tales las destrucciones de documentos efectuadas de manera planificada, y con sujeción

⁷⁸ ARCHIVO DE LA CORONA DE ARAGÓN (Barcelona). Guía Histórica y descriptiva del Archivo de la Corona de Aragón /por Federico Udina Martorell. Madrid: Dirección de los Archivos Estatales, 1986, págs. 184 y 268.

⁷⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Olga. «La organización de un fondo monacal: el Monasterio de Santa María de Oseira (Orense)». CONGRESSO NACIONAL BAD.1.º. 1985. Porto. A Informação em Tempo de Mudança. Actas. vol. I. Porto, BAD, 1985, v. 2, págs. 383-420.

⁸⁰ CORTÉS ALONSO, Vicenta. «La Archivística en España y en Hispanoamérica». Stui sull'Archivistica / a cura di Elio Lodolini. Roma: Bulzoni Editore, 1992, 77-85, conf. pág. 82; LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. El Archivo General de Centro América (Ciudad de Guatemala): Informe. Madrid: ANABAD, 1991, págs. 65-67.

a un método. No es que no existieran, y no estén documentados otros tipos de expurgos. De hecho, la necesidad de papel para la fabricación de cartuchos, durante todo el siglo XIX, en que las guerras civiles, en España y en América, fueron algo recurrente, indujo a los gobernantes a fijar su atención en los depósitos de archivo, donde se guardaban toneladas de papel, que soportaban documentos administrativos o históricos, y a los que previamente había que despojar de sus supuestos valores, para justificar su utilización en cuestiones tan pragmáticas. Pero sólo conocemos un caso en que la práctica continuada condujera al establecimiento de un método claramente establecido, que no consiguió respaldo legal, aunque se intentara por medio de un reglamento, pero que sin duda tuvo aplicación real: los expurgos en el Archivo del Reino de Galicia⁸¹.

Los expurgos de documentos en las Audiencias y en el Archivo del Reino de Galicia son característicos del s. XIX y primer tercio del XX, están ligadas al alto precio y escasez del papel, como hemos dicho, y a la necesidad de eliminar documentos considerados inútiles para el servicio, que se agudiza durante el franquismo, y que continuaron posteriormente, aunque ya neutralizado el riesgo de las destrucciones masivas, que consiguieron superar los archiveros de este último Centro.

Identificamos dos períodos claramente separados: 1.º De 1775 a 1847, en etapas anteriores a ser regido el Archivo por el Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, se realizaron ocho grandes expurgos, los más grandes expurgos legales sufridos por el centro, de causas incoadas por los Fiscales de la Audiencia, y entregadas a la Subinspección de Artillería, entre los años 1805 y 1853, además de otros documentos y procesos políticos destruidos, por órdenes secretas, siendo Ministro de Gracia y Justicia MARTÍNEZ DE LA ROSA, de los que ahora no nos ocuparemos, pese a su indudable interés. El 2.º período, de 1849 a 1911, con dos grandes expurgos y varias propuestas, vería la elaboración de unas normas interesantísimas que constituyen un precedente singular de esta doctrina.

Continuando con nuestra relación sobre lo sucedido en el ARG, la R.O. de 19 de julio de 1849 mandó que el archivero, en los meses de mayo y octubre, practicase una limpia y expurgo de los papeles, para la que formaría instrucciones, y se tomaría el ejemplo de las que se efectuaban en el Archivo de la Corona de Aragón, a puerta cerrada, durante los primeros 15 días de dichos meses. Por cierto que en mi permanencia en la Dirección de este Centro no localicé ninguna referencia a esta actividad, que debió ser significativa como para ser tomada por modelo.

⁸¹ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «Eliminaciones de documentos de la Real Audiencia de Galicia». Archivum. Paris, XLII (1966) 157-172.

La preocupación por los **expurgos en las Audiencias** de la península fue objeto de un R. D., en 1845, por el que se mandaba constituir una Junta de Archivos en cada una, formada por el regente, como Presidente, el fiscal, dos magistrados, elegidos por la Sala de Gobierno, un teniente-fiscal y un perito versado en paleografía y en antigüedades históricas que debía ser propuesto a la reina por la Junta, mediante el Ministro de Gracia y Justicia. Todos ellos, cargos honoríficos y gratuitos⁸². La actuación de estas juntas ocasionó destrucciones masivas de documentación relativa a procesos criminales.

El R. D. de 29 de mayo de 1911 dictó reglas para el expurgo en las Audiencias Territoriales y provinciales y juzgados: constitución de una Junta de valoración, renovada anualmente, levantamiento de un acta, anuncio en el BOE de la Provincia, y destrucción por medio del fuego, hechos que se recogerán en acta autorizada por el Secretario, en el Libro inventario de pleitos. En su art. 11 decía: *«No pueden ser declarados inútiles los legajos que no llevan archivados, al menos, 30 años»*.

A partir de la O. De 29 de marzo de 1937, sobre expurgo de legajos y documentos en los archivos judiciales, entramos en otra dinámica, donde lo prioritario no es el gestionar los espacios, salvaguardando los derechos de las personas, sino obtener papel para la fabricación de moneda, entre otros asuntos. Pese a su indudable interés, desborda el período de nuestro estudio. De cualquier forma, significó una ruptura en relación a la experiencia habida los años anteriores.

2.6. LOS RECURSOS HUMANOS. LOS ARCHIVEROS Y LA ESCUELA DIPLOMÁTICA

2.6.1. Los archiveros

Es deber del estado asegurar la salvaguarda y puesta en valor de los bienes culturales, por aplicación concreta del concepto de bien común y por la prioridad dada a las actividades científicas y culturales sobre las que son de pura administración. Jerarquía y administración deben reemplazarse por autoridades colegiales, libremente aceptadas como expresión de la mayoría que decide en función de sus conocimientos concretos y su apreciación de las realidades generales y particulares sobre las que debe actuar. Así será posible definir de una vez por todas el campo de acción de los archiveros,

⁸² ARRIBAS GONZÁLEZ, Arribas. Guía del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid / Soledad Arribas González y Ana M.^a Feijoo Casado. Madrid: Ministerio de Educación y Cultura. Universidad de Valladolid, 1998, pág. 41.

especialmente de los historiadores archiveros, y afirmar, como consecuencia, la necesidad de un profesionalismo altamente cualificado, y no exigir a los funcionarios de archivo o de suponerles maliciosamente una pluralidad equívoca de capacidades. Y en el plan jurídico, las obligaciones que debe asumir todo servicio dedicado a la conservación de bienes culturales, propietarios, poseedores o detentadores, son: conservar, mantener, no modificar su estatuto, no utilizarlos de manera perjudicial, y permitir la utilización pública. Esto decían CARBONE y GUËZE en la presentación de su *Projet de loi d'archives type*, en 1971 ⁸³.

No es éste el criterio existente en el siglo XIX sobre el problema de los bienes culturales y la función de los archivos y los archiveros. El concepto de bien común, propio de una sociedad democrática e igualitaria, no se identifica forzosamente con el de nación, cuya identidad en valores y costumbres no son igualitarios, ni necesariamente laicos o cívicos. La administración del s. XIX es fuertemente burocrática y jerarquizada. La profesionalización de los archiveros les exigirá una doble, o mejor dicho una triple función: el servicio a la administración, a la investigación y su dedicación a la historiografía. Y en cuanto a los fines de los archivos y servicios archivísticos, no siempre la utilización pública será prioritaria, aunque la liberalización y la apertura de los archivos se irán consolidando progresivamente, truncándose con esa calamidad total que significó la guerra civil del 36 y la instauración de la dictadura franquista.

La legislación del s. XIX referida a las secretarías de despacho, va a definir, ya desde fechas tempranas, la **figura del archivero** en estos organismos, como «*la persona a cuyo cargo está la custodia y arreglo de los documentos del archivo, cuidará y celará en suministrar a los oficiales lo que éstos pidiesen para evacuar los negocios, cuidando de recogerlos cuando ya no sean necesarios; y estará a su cargo la clasificación de negocios para el mejor orden y facilidad en encontrarlos. Los oficiales del archivo estarán a las órdenes del archivero en cuanto éste les mandase relativo al oficio, observando las mismas reglas dentro del archivo que las prescritas para la secretaría para el despacho de expedientes*». Y en cuanto a las obligaciones del personal del archivo de las secretarías, también se concretan: 1) el archivero deberá cuidar del arreglo y colocación de los documentos en los términos que prevenga el reglamento 2) tener expedito y a mano el índice general de todos los expedientes y papeles, alfabético o por materias y negociados; no podrá entregar ningún papel sino en la forma que establezca el reglamento 3) los

⁸³ CARBONE, Salvatore. *Projet de loi d'archives type: présentation et texte* / Salvatore Carbone et Raoul Guëze; traduit de l'italien par Elisabeth Houriez. Paris : Unesco, 1971, págs. 11-18.

oficiales estarán a las órdenes del archivero, y él será el responsable del cumplimiento de sus obligaciones, 4) los escribientes, porteros y mozos de oficio estarán a las órdenes inmediatas del oficial primero, y la distribución de sus ocupación se expresará en el reglamento interior ⁸⁴.

Pero su reconocimiento como un **colectivo cualificado** tendrá lugar posteriormente, con la aparición de la «clase» de **archiveros, bibliotecarios y anticuarios** que tiene su **origen** en la creación de la Escuela de Diplomática en 1856. Por R.D. de 17 de julio de 1858 se creó el Cuerpo Facultativo de archiveros bibliotecarios, después también anticuarios, cuya clasificación, estudios, funciones, etc. se determinaban en el mismo, en el de 8 de mayo de 1859, en la R.O. de 12 del mismo mes y año, en el Reglamento de la Escuela de Diplomática de 31 de mayo de 1860, en las Reales Órdenes de 9 de mayo y 17 de junio de 1865, en los arts. 10 al 32 del R.D. de 12 de junio de 1867, en el D. de 10 noviembre de 1868, en la R.O. de 13 de febrero de 1871, en el Reglamento de 5 de julio del mismo año, en el decreto de 12 de febrero de 1875, en el Reglamento de 25 de marzo de 1881, en el R.D. de 12 de octubre de 1884, en el 18 de noviembre de 1887 ⁸⁵, y en el de 1901.

El **Cuerpo Facultativo de Archiveros** será un elemento básico del sistema nacional de archivos, que nace con él, y un soporte esencial de los archivos históricos, aunque su campo de competencias se irá ampliando hacia los archivos administrativos, de los ministerios, las delegaciones de hacienda, las universidades y las audiencias territoriales.

El **título de archivero** obtenido en la Escuela Diplomática era profesional, y cuando los Tribunales, la Administración o personas particulares necesitaban pruebas periciales en cualquiera de los ramos que abrazaba la enseñanza de dicha Escuela, tenían que valerse de personas que poseyeran el indicado título como competentes, según el art. 615 de la ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de los derechos de los revisores y lectores de letra antigua ⁸⁶.

⁸⁴ FERNÁNDEZ BAJÓN, María Teresa. Políticas de información y documentación en la España del siglo XIX. Gijón: Trea, págs. 22-23.

⁸⁵ MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública... 5.º ed., T. 1, Madrid, 1982, pág. 601.

⁸⁶ Los revisores de letra antigua, instituidos en el s. XVIII, fueron reorganizados por la R.O. de 21 de julio de 1838, que determinaba los requisitos necesarios para obtener el título, y por la R.O. de 28 de agosto de 1838, sobre los expedientes para sus nombramientos. Una breve historia de los revisores en: Reglamento de la Escuela Superior de Diplomática, creada en Madrid por Real Decreto de 7 de octubre de 1856, y confirmada por la ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857. Precedido de una introducción histórica y acompañado de la legislación vigente sobre Archivos y Bibliotecas. Madrid, 1865. Conf. PEIRÓ MARTÍN, Ignacio. La Escuela Superior de Diplomática: (los archiveros en la historiografía española contemporánea) / Ignacio Peiró Martín, Gonzalo Pasamar Alzuria. Madrid: ANABAD, [1996], pág. 25.

Sus **funciones y organización** se regularon por ley o por vía reglamentaria, con un total de dieciocho normas entre 1859 y 1901, que permiten conocer como se definieron y evolucionaron en el tiempo. El Cuerpo **se organizó en tres secciones** independientes, archivos, bibliotecas y museos —sólo podía pasarse de una a otra con un informe favorable de la Junta Técnica— a las que se accedía por oposiciones independientes. A su frente estaba un Jefe Superior, cargo que se compatibilizaba con el de Director de la Biblioteca Nacional, y bajo él había tres jefes especiales, uno por sección, que eran los directores del Archivo Histórico Nacional y del Museo Arqueológico Nacional, y el de mayor mérito de la sección, con excepción del Director de Biblioteca Nacional. El personal de las secciones se dividía en **tres categorías**, la 1.^a de archiveros, bibliotecarios y anticuarios, la 2.^a de oficiales, y la 3.^a de ayudantes, y cada categoría, a su vez, se dividía en tres grados. El ingreso en el escalafón se hacía por el puesto más bajo, y el ascenso se producía cuando había vacantes. Para **ingresar** en la sección de Archivos se exigía el título de archivero-paleógrafo, propio de la Escuela, aunque para ingresar en las otras secciones también se consideraba el de licenciado en Filosofía y Letras, y haber cursado Bibliografía o Museología, según el caso. A partir de 1881 se exigirá la realización de exámenes como la forma más justa de ingreso, y también a partir de 1887 se exigirán las oposiciones, independientes para cada sección y publicadas en la Gaceta de Madrid. Desde 1887 se pondrá en entredicho la exclusividad del título de la Escuela, valorándose también el de licenciado o doctor en Filosofía y Letras, que se mantendrán como requisito tras la desaparición de la Escuela. El **ascenso** se hacía por una combinación de antigüedad, para pasar de grado en grado; de oposición y méritos científicos y académicos para pasar de ayudante a oficial; y de antigüedad y méritos para ascender a Jefe. El Jefe del Cuerpo podía ser el más antiguo y meritorio individuo o un personaje relevantísimo de la cultura como aconteció con D. Marcelino MENÉNDEZ Y PELAYO⁸⁷. Las interferencias políticas y el favoritismo no fueron infrecuentes, y en determinados períodos, el ingreso en el Cuerpo también se hizo por vía no reglamentaria, como nos ilustra el caso de MURGUÍA, convertido en Facultativo «por méritos literarios», por el ministro RUIZ ZORRILLA, en la etapa revolucionaria subsiguiente a la caída de Isabel II; pero estas vías fueron rápidamente canceladas con la Restauración canovista⁸⁸.

⁸⁷ TORREBLANCA LÓPEZ, Agustín. «Erudición institucional en el siglo XIX español: la Sección de Archivos del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos», en: ERUDICIÓN y discurso histórico: las instituciones europeas (s. XVIII-XIX) / Edición a cargo de Francisco G. Gimeno Blay. Valencia: Universitat, 1993, págs. 247-264.

⁸⁸ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «Martínez de Murguía, archivero». En: HOMENAJE a Daría Vila-riño. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela. Biblioteca Universitaria de Santiago de Compostela, 1993, págs. 443-478.

Era **función** de los archiveros la realización de trabajos técnicos, y oficialmente se fomentó, desde 1871, por vía reglamentaria, la creación de obras de erudición de carácter diplomático, bibliográfico y arqueológico, instituyéndose premios en cada una de las secciones, para los trabajos más meritorios e innovadores. Inventarios e índices (se identificaban éstos con la realización de catálogos) para localizar y dar a conocer documentos, y su posterior edición, fue una labor principal de los archiveros, especialmente en el campo de la Historia Medieval española, dentro de la corriente de la historiografía positivista, estudiadas por CARBONELL Y RUIZ DE LA PEÑA. Además, se impulsaron oficialmente los trabajos doctrinales y de investigación sobre Historia de España, como apoyo a la Academia de la Historia y a la Universidad, dentro de la corriente historiográfica filológica, enraizada en el método de erudición histórica positivista, definido por LEFEBVRE; esto implicaba el estudio del documento como pieza aislada, desde el campo de la Diplomática. No se desarrolló otra tendencia, el estudio de los archivos desde la perspectiva de la Historia de las Instituciones, que nació sin embargo en el seno de la Escuela con HINOJOSA Y NAVEROS, pasando con él a la facultad de Filosofía y Letras en 1900, y que hubiera permitido aplicar con todas sus consecuencias el principio de procedencia acuñado por Natalis DE WALLY⁸⁹

Los archiveros del Estado nutrirán las cátedras de la Escuela Superior de Diplomática, creada en 1856, antes incluso de la existencia del Cuerpo, y fundarán la *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos* (1.^a época 1871-1878; 2.^a época 1883; 3.^a época 1897-1931; 4.^a época 1947-1979), en cuyas páginas abundaban más los temas de investigación histórica, diplomática, y literaria, que puramente archivística. Muchos archiveros cifraban sus metas en la llegada a la Universidad, sobre todo a las cátedras de Historia Medieval, como puede verse en la *Bio-Bibliografía del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos*, publicada en 1958, con motivo del bicentenario de su creación, junto con las 32 obras (guías, inventarios, catálogos y estudios varios) que son la contribución de la Junta Técnica de Archivos, Bibliotecas y Museos a dicha efemérides. Indudablemente, la producción tendría alguna vinculación con el movimiento de los archiveros en los escalafones de los distintos años, aunque éste es un estudio bibliométrico aún pendiente⁹⁰. El

⁸⁹ TORREBLANCA LÓPEZ, Agustín. «Erudición institucional en el siglo XIX español: la Sección de Archivos del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos», en: ERUDICIÓN y discurso histórico: las instituciones europeas (s. XVIII-XIX) / Edición a cargo de Francisco G. Gimeno Blay. Valencia: Universitat, 1993, págs. 247-264.

⁹⁰ CORTÉS ALONSO, Vicenta. «Los archivos y archiveros en España hoy», en: CONFERENCIAS impartidas en el curso «Técnicas de documentación». Dirección Técnica: Remedios Rey de las Peñas. Diputación Provincial de Huelva, 1997-1999 / Pedro López Gómez [et al.]. Huelva: Diputación Provincial, 2000, págs. 81-99, conf. pág. 82.

estado de los establecimientos que dependían del Cuerpo, del Escalafón y de los alumnos de la Escuela se recogía en el *Anuario del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios*, de los que se publicaron los correspondientes a 1881 y 1882. Y en 1896 se editaría el *Boletín de Archivos, Bibliotecas y Museos. Órgano oficial del Montepío del Cuerpo Facultativo del Ramo*.

La **formación medievalista** de los individuos del Cuerpo entró en colisión con la necesidad de organizar de forma distinta los archivos administrativos que fueron incorporándose sucesivamente a su custodia. Esto originaría una disfunción entre las inclinaciones del personal y las necesidades de los centros, que se manifestaría de diversa manera durante mucho tiempo, y que hemos puesto en evidencia con el caso paradigmático de MURGUÍA y su paso por los archivos de Simancas y del Reino de Galicia⁹¹. La Asamblea del Cuerpo, que debía celebrarse del 23 al 29 de octubre de 1923, abortada por el golpe de estado de Primo de Rivera, y de la que se publicaron las actas, es un muestrario de los problemas, dificultades y aspiraciones de los individuos del ramo.

Habría que esperar hasta la implantación del régimen republicano, que reformaría el Cuerpo en 1932, y crearía el de **Auxiliares** de Archivos, Bibliotecas y Museos en 1933, liberándole de tareas administrativas y técnicas repetitivas, para solventar parcialmente esta disyuntiva entre atención a la gestión y a la investigación, que aún hoy sigue provocando agrios debates entre profesionales⁹².

5.6.2. La Escuela Diplomática

La Escuela Diplomática **se crea** a mediados de siglo (R.D. 7 octubre 1856), a inspiración de otras similares existentes en Lisboa⁹³, Nápoles (1811, *Scuola dell' Archivio di Stato*), París (1821, *École des Chartes*), y a imitación

⁹¹ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «Murguía no Arquivo do Reino de Galicia». En: Murguía e o Arquivo do Reino de Galicia/ Coordinación: Xosé Alfeirán Rodríguez, M.^a de Mar García Miral, Gabriel Quiroga Barro; Artigos: Xosé Alfeirán Rodríguez, Pedro López Gómez, Ramón Máiz Suárez, Gabriel Quiroga Barro, Ramón Villares Paz. S.l.: Xunta de Galicia. Dirección Xeral de Patrimonio Cultural, D.L. 2000, págs. 110-128.

⁹² V. la postura abiertamente decimonónica de LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos «¿Eruditos o Gestores?». Métodos de información, v. 4, n.º 17-18 (marzo-mayo 1997) 32-38; y la respuesta más innovadora de MARTÍNEZ GARCÍA, Luis. «Eruditos y Gestores: el debate innecesario». Boletín de ACAL, n.º 25 (1997) 21-24 (Reeditado en Métodos de información, v. 5, n. 22-23 (enero-marzo 1998) 44-50.

⁹³ En Portugal existía «un aula diplomática», creada en Coimbra en 1796 y trasladada a Lisboa en 1801, V. Reglamento de la Escuela Superior de Diplomática. Madrid, 1865.

de ésta última, en Viena (1854-56, *Institut für Österreichische Geschichtsforschung*), en San Petersburgo, y en Marburg (1893, *Archivschule*), entre otras ⁹⁴. Su Reglamento se publica algo más tarde (R. D. 31 mayo 1860). Será un centro prestigioso en el que se formarán los individuos encargados de regir los archivos, bibliotecas y museos del Estado; la creación del Cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios se hará en virtud de la Ley de Instrucción Pública, dada el 9 de septiembre de 1857, por D. Claudio MOYANO, desarrollada por R.D. de 17 de noviembre, y su estructura orgánica, así como la dependencia y clasificación de los archivos, se fijará el 17 de julio de 1858, y las bases para su organización, así como las de las bibliotecas del Reino, se publicarán el 8 de mayo de 1859.

La creación del Cuerpo Facultativo, y su ampliación con la sección de «anticuarios» por disposición del Ministerio de Fomento de 12 de junio de 1867, fue fundamental para la Escuela; de ella saldrán los futuros archiveros, bibliotecarios y anticuarios, y sus profesores, convertidos en catedráticos numerarios, por la mencionada Ley de Instrucción Pública de 1857, pasaron a formar parte del Cuerpo. Aparecerá mencionada en todos los reglamentos del Cuerpo, y aunque quedó bajo la inmediata inspección de la Dirección de Instrucción Pública, estuvo ligada también a la Universidad Central, con rango de Escuela Superior y consideración de establecimiento de enseñanza dependiente de este distrito universitario. Cada reforma del Cuerpo Facultativo tenía su reflejo inmediato en la Escuela, como ocurrió en 1860, 1866, 1874 y 1875, y 1884, coincidentes en ocasiones con cambios políticos y administrativos; y una de las **reformas** últimas más importantes fue la producida por el R.D. de 18 de noviembre de 1887, que desvinculaba a sus profesores del Cuerpo, adscribiéndoles a la categoría de catedráticos. Finalmente, se suprimió en 1900, por R.D. de 20 de julio, refundiéndose en el seno de la Facultad de Filosofía y Letras, cuyos estudios reorganizaba, (se creó la sección de Estudios Históricos con las asignaturas de la Escuela), pero ésta nunca tuvo interés en ofrecer una titulación para las profesiones antes tuteladas por la Superior ⁹⁵, creando un vacío que aún hoy se hace sentir, especialmente en la formación de los archiveros, pese a la aparición de la Escuela de Documentalistas, en 1964, luego Centro de Estudios Bibliográficos y Documentarios, que cesó en 1986, fuera de la Universidad, y las Diplomaturas de

⁹⁴ MARTÍN FUERTES, José Antonio. «La enseñanza de la Archivística». En: JORNADAS ACADÉMICAS ORGANIZADAS POR LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE BIBLIOTECONOMÍA Y DOCUMENTACIÓN DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE (6.ª. Madrid. 1997). Métodos Didácticos en Biblioteconomía y Documentación. VI Jornadas... / Coordinador: Juan Antonio Martínez Comeche. Madrid, 1977, págs. 225-242.

⁹⁵ GODÍN GÓMEZ, Aurora. «La Escuela Superior de Diplomática y la formación de los archiveros, bibliotecarios y arqueólogos en el siglo XIX». Bol. Anabad, 3, 45 (jul-sep. 1995) 33-50, nota 2.

Biblioteconomía y Documentación y las Licenciaturas en Documentación, ya con carácter universitario, creadas a partir de la O.M. de 24 de febrero de 1981 (BOE 14 marzo)⁹⁶.

La Escuela, siguiendo a PEIRÓ Y PASAMAR, en sus cuarenta y cuatro años de existencia no sólo constituyó el primer ámbito profesionalizado desde el que los antiguos saberes de anticuarios se elevarían a la categoría de conocimientos básicos del historiador, sino que se convirtió en una de las más importantes instituciones conformadoras del modelo académico de la **historiografía oficial de la Restauración** y guiaron la práctica historiográfica en el último tercio del siglo XIX⁹⁷.

2.7. LOS FINES: LA INFORMACIÓN Y EL TESTIMONIO

El fin último de cualquier archivo es proporcionar la **información** y el **testimonio** contenidos en los documentos que custodia; la naturaleza de ambos varía según la clase, el tipo y la categoría de los archivos. De ahí que en los archivos servidos por el Cuerpo Facultativo sea preciso diferenciar entre los archivos administrativos y los históricos, y dentro de cada uno de ellos, los de ámbito central, o territorial, puesto que la legislación también lo hizo. Y para proporcionar información y testimonio los archiveros identificaron, describieron, localizaron y publicaron gran cantidad de documentos, siguiendo la huella de los diplomatas ilustrados, centrándose en la documentación de origen medieval, e inspirándose en los logros de los archiveros e historiadores centroeuropeos, aunque sin conseguir la monumentalidad de sus ediciones

La **función descriptiva**⁹⁸ se identifica en esta época con la catalogación; y por catalogación se entiende la realización de **índices** para localizar e identificar documentos, confeccionándose uno general, en papeletas u octavillas,

⁹⁶ MARTÍN FUERTES, José Antonio. «La enseñanza de la Archivística». En: JORNADAS ACADÉMICAS ORGANIZADAS POR LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE BIBLIOTECONOMÍA Y DOCUMENTACIÓN DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE (6.ª. Madrid. 1997). Métodos Didácticos en Biblioteconomía y Documentación. VI Jornadas... / Coordinador: Juan Antonio Martínez Comeche. Madrid, 1977, págs. 225-242.

⁹⁷ PEIRÓ MARTÍN, Ignacio. La Escuela Superior de Diplomática: (los archiveros en la historiografía española contemporánea) / Ignacio Peiró Martín, Gonzalo Pasamar Alzuria. Madrid: ANABAD, [1996], pág. 12. Esta es, sin duda, la obra más enjundiosa publicada sobre la Escuela y el Cuerpo Facultativo, junto con: GARCÍA EJARQUE, Luis. La formación del bibliotecario en España. De la Paleografía y la Bibliología a la Biblioteconomía y la Documentación. Madrid: ANABAD, 1993.

⁹⁸ Numerosas referencias al s. XIX en: MARTÍNEZ GARCÍA, Luis. «Los Principios de la descripción archivística». Bol. de la ANABAD, v. 49, n. 1 (1999) 51-108.

y varios auxiliares. El general consistía en el regesto del documento, con indicación de procedencia y signatura, ordenándose cronológicamente; los auxiliares, más sucintos, podían ser onomásticos, topográficos y de materias, y remitían directamente y a la vez al índice general y al documento⁹⁹. La elaboración del catálogo se completaba con su publicación, lo que no era frecuente. La creación de los Archivos Históricos Provinciales, a partir del D. de 12 de noviembre de 1931 (*Gaceta* del 14), cuyo núcleo fundacional eran los protocolos notariales, llevó aparejada la publicación de instrucciones para la elaboración de los índices de las escrituras, con carácter normativo¹⁰⁰.

En cuanto a la **publicación de documentos**, constituía la culminación del proceso descriptivo. En España, pese a los intentos realizados desde mediados del s. XVIII por fray Martín SARMIENTO, RODRÍGUEZ CAMPOMANES, el Padre BURRIEL, o IBARRETA, y canalizados hacia la elaboración de una Diplomática Española propuesta por la Academia¹⁰¹, no se publicará nada parecido a la obra de MABILLON, *De re diplomática* o a los *Monumenta Germaniae Historica*, sino pequeñas colecciones diplomáticas, de fondos monásticos, tumbos o cartularios, siendo más frecuente la edición de documentos aislados, con introducciones históricas o críticas, de los que podríamos poner numerosos ejemplos. Y en su mayoría, no fueron publicados por los archivos o instituciones archivísticas, sino por Academias o Universidades. Una excepción lo constituyen los *Índices* del Archivo de la Corona de Aragón, iniciados por BOFARULL¹⁰².

Pero una cuestión era describir e incluso publicar documentos, para conocer el contenido de los archivos, y otra muy distinta, **el acceso** a los mismos. El secreto y el acceso restringido fue la norma durante el Antiguo Régimen, el acceso sólo era posible a la Administración, y sólo en determinados casos a los historiadores oficiales. El monarca autorizaba el acceso a determinados fondos o documentos con carácter particular, y en caso de que se tratara de una investigación histórica se autorizaba en función del interés de la misma o de su orientación. Se facilitaban copias a los administrados, siempre con

⁹⁹ TORREBLANCA LÓPEZ, Agustín. «Erudición institucional en el siglo XIX español: la Sección de Archivos del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos», en: ERUDICIÓN y discurso histórico: las instituciones europeas (s. XVIII-XIX) / Edición a cargo de Francisco G. Gimeno Blay. Valencia: Universitat, 1993, págs. 247-264, conf. pág. 257-258.

¹⁰⁰ Instrucciones provisionales para la ordenada clasificación y catalogación de los Archivos Históricos de Protocolos. Madrid: Dirección General de Bellas Artes, Inspección General de Archivos, 1933.

¹⁰¹ MANDINGORRA LLAVARTA, María Luz. «La Real Academia de la Historia y la edición del Hábeas Diplomático». ERUDICIÓN y discurso histórico: las instituciones europeas (s. XVIII-XIX) / Edición a cargo de Francisco G. Gimeno Blay. Valencia: Universitat, 1993, págs. 73-99

¹⁰² Colección de documentos inéditos del Archivo general de la Corona de Aragón / publ. bajo la dirección de D. Próspero de Bofarull y Mascaró. Barcelona: J.E. Monfort, 1847-1910. 41 v.

autorización real previa, como se indicaba en las *Instrucciones* para el gobierno del Archivo de Simancas, de 1588.

La situación varió tras las la **Revolución francesa**, y la Ley 7 mesidor del año II, correspondiente al 24 de junio de 1794, que declaraba el derecho de los ciudadanos a la comunicación documental, que en realidad generalizaba la autorización que previamente debía conceder el monarca en cada caso y excluir la posibilidad de negar el acceso a unos fondos determinados porque no interesara a la Administración. En la práctica se resumía en que los archivos históricos eran consultables y los administrativos no. Esta ley originará una **corriente** aperturista en toda Europa, que tuvo un eco tardío en España, en el reinado de Isabel II, mediante la R.O. circular de 20 de abril de 1844, con las *Reglas para franquear los archivos a las personas estudiosas*, que declararon éstos abiertos a la investigación de nacionales y extranjeros, hasta entonces cerrados a la consulta, excepto para la Administración y la investigación de los privilegiados ¹⁰³. Dispuso también que el Ministerio de Gracia y Justicia regularía administrativamente el funcionamiento de los archivos puestos a disposición de los estudiosos, a través de la Dirección General de los Archivos de España y Ultramar, creada por R.O. de 1 diciembre 1848.

Efectivamente, como dice FERNÁNDEZ RAMOS ¹⁰⁴, a lo largo del s. XIX y comienzos del XIX podemos contemplar el desarrollo paralelo de **dos regulaciones reglamentarias** relativas a los archivos públicos históricos y administrativos, desconectadas entre sí hasta el inicio del XX. Para los **históricos**, desde el R.D. de 1858 hasta el R.D. de 1887, se elabora desde el Ministerio de Fomento, y la Dirección General de Instrucción Pública, competente en archivos, y se trata fundamentalmente de Reglamentos orgánicos del Cuerpo Facultativo, con normas sobre clasificación de archivos y servicio público en los archivos a su cargo. En los períodos revolucionarios o liberales se darán las normas más aperturistas, como por el R.D. de 1871, que de acuerdo a la O. de 1870, autoriza a los jefes de Archivos la facilitación a los interesados de extractos, copias y certificados de los documentos que custodien, lo que se mantiene en el Reglamento de 1881; pero en el de 1885 se omitirán las referencias a estos aspectos. Para los **administrativos**, el Reglamento orgánico del Ministerio de Gobernación de 1870, con innovaciones relativas al procedimiento administrativo, a la remisión de los expedientes finalizados al

¹⁰³ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro. «El acceso y sus límites, con especial referencia a los archivos españoles». Páginas a & b Archivos e Bibliotecas. Lisboa, 5 (2000) 7-55.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. «El Derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico (Las conexiones entre el derecho de acceso a los documentos administrativos y la legislación sobre archivos)». En: El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos. Toledo: Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, D.L. 2001, págs. 13-140, conf. especialmente págs. 43-44.

archivo, contempla también la expedición de copias y certificaciones de los documentos custodiados en el archivo bajo la tutela del Cuerpo Facultativo, con autorización del Subsecretario, que se repetirán, salvo la cláusula de remisión, en las subsiguientes reglamentaciones. La adscripción de todos los archivos de departamentos ministeriales al Cuerpo de Archiveros, tras las disposiciones de 1888 y 1893, el Reglamento del Cuerpo de 1901 contemplará la **regulación de unos y otros**, en lo relativo a transferencias, dando una competencia inicial al jefe del archivo para autorizar la exhibición de expedientes y documentos, reservando la autorización del Ministro y Subsecretario para determinados tipos de documentos, aunque normas posteriores departamentales sobre copias y certificaciones desvirtuaran esta simplificación del trámite, sobre todo la R.O. de 1912, que impuso la necesidad de autorización del Ministerio de Hacienda para el acceso a documentos de carácter económico depositados en cualquier archivo de Estado. En **resumen**, puede afirmarse que la legislación del acceso en los archivos administrativos quedará a la absoluta discrecionalidad de la Administración; y en cuanto a los históricos, no se reconocerá un derecho de acceso al documento histórico determinado como tal por una antigüedad concreta, sino al acceso a documentos depositados en archivos históricos, según el criterio libre de la Administración, bajo la supervisión de los agentes públicos correspondientes.

3. IMPLEMENTACIÓN Y HUNDIMIENTO DEL SISTEMA

El siglo XIX, desde el punto de vista de la Archivística española, no acaba en 1900; de alguna manera el sistema pervive y se expande, como hemos comprobado, a todo lo largo del primer tercio del siglo XX, y alcanza su cenit en 1931, con el advenimiento de la 2.^a República. Una nueva ideología democrática influirá en la implantación de una política informativa distinta, y en una planificación archivística más ambiciosa, que no tendrá mucho tiempo para consolidarse. La expansión de la red territorial adquiere su máxima amplitud con la incorporación al Cuerpo de los Archivos de las Audiencias y la creación de los Archivos Históricos Provinciales. En el nivel central de la Administración Pública se reguló la circulación y transferencia de documentos desde los archivos de los Ministerios al Archivo General Central primero y hacia el Archivo Histórico Nacional después. El propio Cuerpo aumenta en número, y es aligerado de funciones administrativas con la creación del Cuerpo Auxiliar de Archivos, Bibliotecas y Museos, y reforzado en su carácter erudito, y en su prestigio, aún cuando haya perdido el monopolio de la producción historiográfica, que comparte con los profesores universitarios.

Pero malos tiempos se avecinaban, y el incendio del Archivo General Central, en 1936, será una premonición: el sistema quedará roto en uno de sus elementos más paradigmáticos. La Guerra Civil ¹⁰⁵ originará desastres documentales, vandalismo y robos de documentos públicos y privados. Con el nuevo régimen franquista habrá promociones para los fieles, depuraciones y relegaciones para una buena parte de aquellos a los que tocó permanecer en el bando republicano, y ceses y exilios para los más vinculados al gobierno legítimo, con pérdidas significativas de prestigiosos intelectuales como SÁNCHEZ ALBORNOZ, por citar un caso conocido. La falta de transparencia en el proceso administrativo incidirá en la infravaloración de los archivos, que se verán sometidos a eliminaciones de documentos por motivos ajenos a las necesidades archivísticas, y habrá una mayor restricción del acceso en los archivos administrativos, al tiempo que funcionará en la sombra el Depósito de Salamanca, creado con fines policiales.

Tendrán que pasar cerca de treinta años, con la creación del Archivo General de la Administración, en 1968, para que el sistema recupere la funcionalidad que mostraba en 1936, o incluso en 1901, fecha del famoso Reglamento del Cuerpo, todavía no substituido por una disposición equivalente ¹⁰⁶.

¹⁰⁵ HEREDIA HERRERA, Antonia. «Archivos y archiveros entre la Guerra Civil y la España de las Autonomías». En: Historia de los archivos y de la archivística en España / coordinadores, Juan José Generele, Ángeles Moreno López; autores, Ramón Alberch y Fugueras... [et al.]. I. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, [1998], págs. 175-189.

¹⁰⁶ REGLAMENTO para el régimen y gobierno de los Archivos del Estado, servidos por el Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, aprobado por Real Decreto de 22 de noviembre de 1901. Madrid: Imp. de la Dirección General del Instituto Geográfico y Estadístico, 1901.

PROPIEDAD INTELECTUAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LA BIBLIOTECA

Pilar Llopart
Universitat de Barcelona

La capacidad de adaptación a los cambios sociales y tecnológicos ha permitido a la biblioteca, esa antiquísima institución que sólo florece en las sociedades civilizadas, transitar por el largo camino de la historia y sobrevivir a sus embates sin abdicar de la función que constituye su razón de ser, esto es, conservar, ordenadamente, la memoria de la Humanidad.

Desde su origen, en las antiguas culturas, la biblioteca ha clasificado y guardado el soporte tangible —tabletas, rollos, códices, libros impresos, mapas, grabados, discos, microformas— de un cúmulo de cosas intangibles, obra del espíritu humano: ideas, conceptos, conocimientos, opiniones, sentimientos, para que pudieran ser conservados y transmitidos a través del espacio y del tiempo. No siempre ha podido hacerlo sin riesgo.

El proceso de acopio, sistematización y difusión del conocimiento escrito, que por sus propios límites fue durante muchos siglos perfectamente controlable, se empezó a desbordar de forma imparable a partir del ingenioso invento de Gutenberg y sus socios. La aparición de los tipos móviles ponía al alcance de una gran masa de población, hasta entonces iletrada, toda clase de material impreso, a bajo precio y sin límite de copias, lo cual no sólo estimuló el consumo sino la creación literaria y científica, complicando a igual ritmo las tareas de clasificación y almacenaje.

Superado el antiguo régimen y como consecuencia de los procesos de socialización de la educación, precedente y motor del desarrollo industrial, se sucede la aparición de una gran diversidad de sistemas de reproducción de textos, imágenes y sonidos. Entre 1816 y 1836 se expande y perfecciona la fotografía, origen de la fotocopia; Edison pone a punto el fonógrafo en 1877; el cine da sus primeros pasos en 1894 y un año después Marconi divulga la radiofonía.

Estas técnicas permitieron multiplicar y, sobre todo, abaratar, las posibilidades de reproducción de textos, imágenes y sonidos, haciéndolas asequibles a cualquier particular. En el siglo siguiente, que para nosotros ya es el pasa-

do, se produciría el enorme estallido de las comunicaciones y la imparable progresión de la industria informática. Ambas realidades, unidas al acceso de un mayor número de países a sistemas democráticos, proceso que ojalá se generalice a un ritmo mayor, están creando las condiciones para que, como hizo la imprenta en el siglo xv, la sociedad del futuro sea diferente y, si somos capaces de identificar la buena dirección y tomarla sin rodeos, mejor que la nuestra.

Hemos llegado a un presente, pues, en el que la palabra información se está convirtiendo en una especie de fetiche, hasta tal punto que, quizás precipitadamente y, sin duda, respondiendo a los intereses de la poderosa industria del sector, se ha llegado a definir la época actual como la *sociedad de la información*, como si la información fuera ahora un patrimonio específico y recién descubierto por los actuales habitantes del planeta.

La información, en todo tipo de soportes, ha sido siempre la condición *sine qua non* del desarrollo de la sociedad humana y, no lo olvidemos, también un privilegiado e imprescindible instrumento de poder. La escritura cuneiforme, la literatura oral, la cartografía, la aparición de la prensa, la institucionalización de la biblioteca pública, ¿no propiciaron en su tiempo sociedades de la información *avant la lettre*?

Por otro lado, tal vez sea oportuno preguntarse si la actual disponibilidad de información, infinitamente mayor que en cualquiera de los siglos precedentes, conlleva, realmente, un cambio social en sí misma. Quizá descubramos que, de hecho, es sólo la consecuencia del cambio social, este sí auténtico, que han propiciado el aumento de la población letrada, el acceso de un mayor número de ciudadanos a la educación y a la participación en los asuntos públicos. Así, en contra de la mayoría de optimistas, dedicados a analizar lo que está haciendo la información por nosotros, deberíamos preguntarnos en realidad qué está ocurriendo en la propia información.

Desde los años '60 ha sido espectacular la progresión geométrica del mercado de la información, fomentada por una enorme expansión de las telecomunicaciones. La telefonía móvil, la televisión por cable, el aumento de los ordenadores personales, las videoconferencias, el correo electrónico, Internet, en definitiva, nos son familiares y están al alcance de la mayoría de los ciudadanos, aunque por ahora y lamentablemente tan sólo en los países desarrollados. Y todavía, y por muchos años, está aumentando el número de documentos publicados en papel, el de nuevos títulos de publicaciones periódicas, en formato tradicional o digital, y, paralelamente, también se incrementa la capacidad de almacenaje y de transmisión a escala mundial.

Estos indicadores, que son obviamente cuantitativos, pueden llevarnos a la conclusión, como así parece, que la revolución de las tecnologías de la

información está creando la sociedad de la información. Pero, ¿cómo medir los cambios cualitativos que esta explosión tecnológica está produciendo? ¿Está, de verdad, consiguiendo cambios sustanciales y reconocibles en la sociedad? ¿Es lícito deducir de datos simplemente cuantitativos (*nuevas tecnologías*) cambios eminentemente cualitativos (*cambio social*)?

No es difícil descubrir ante el panorama actual —y hechos recientes nos están dando prueba de ello— que como siempre, una reducida élite continua controlando las principales fuentes de la vida social, económica, política o cultural, mientras el resto constituye una masa acrítica de consumidores de información precocinada, irrelevante en el cambio social. ¿No estamos asistiendo ya a sus evidentes manifestaciones? Algunos hacen las reglas y el resto, eso sí, convencidos de tener cada vez más información, se conforma con seguir. Convendría preguntarnos, entonces, si hoy estamos más informados y, sobre todo, mejor informados, como resultado de las enormes posibilidades que ofrecen los medios actuales. Admitamos, por consiguiente, que existe una enorme diferencia entre medir un fenómeno e interpretar sus consecuencias.

Tal vez, en un futuro no muy lejano, nos parezca cuanto menos ridículo este ciberpapanatismo actual, como nos lo parecería si se hubiera calificado a la sociedad del siglo XIX como la *sociedad de la electricidad* y a la del XX la *sociedad de los anticonceptivos*, innovaciones sin duda más decisivas en el cambio social que la posibilidad de *chatear* con nuestro cantante favorito. Mucho más por cuanto lo que, por el momento, está definiendo la sociedad de la información es la tecnología y no las ideas, una sociedad que —el eterno *panem et circenses*— está consumiendo entretenimiento y no creando o asimilando conocimiento.

Sea como fuere, es cierto que el motor actual de la economía está impulsado por aquellos cuya principal característica es la capacidad de manipular la información. Lo afirman expertos como Robert REICH, NEGROPONTE, Peter DRUCKER, Manuel CASTELLS y muchos otros *gurus* mediáticos¹. Es decir, dejando al margen cualquier connotación ética, por aquellos cuya función es la de reunir, ordenar, recuperar y facilitar el acceso a la información. He aquí

¹ ROBERT REICH: *The work of Nations: preparing ourselves for 21st century capitalism*. New York, Vintage Books, 1992; NICHOLAS NEGROPONTE: *El mundo digital: un futuro que ya ha llegado*. Barcelona, Ediciones B, 1999; PETER F. DRUCKER: *Gestió de la tecnologia*. [Discurso leído en la ceremonia de investidura como doctor *honoris causa*]. Barcelona, Universitat Politècnica de Catalunya, 1990; MANUEL CASTELLS: *El desafío tecnológico: España y las nuevas tecnologías*. Madrid, Alianza, 1986; *The rise of network society* (2.^a ed.). Oxford, Blackwell, 2000; *La galaxia Internet*. Barcelona: Plaza & Janés, 2001; *La era de la información: economía, sociedad, cultura* (3.^a ed.). Madrid, Alianza, 2001.

una actividad que nos es familiar. Bajo distintos eufemismos y ahora junto a fabricantes de *hardware* y operadores de telecomunicaciones, la biblioteca continua imbricada en el proceso de reunir, almacenar y distribuir información, aunque algunos agoreros le profeticen un futuro más que sombrío, cuando no inexistente, a la vista de la proliferación de las llamadas comunidades virtuales, que ejercen de *bypass* entre los autores y su público.

No debe ser así cuando, en los últimos cinco años, sólo en los Estados Unidos, precisamente el país que está a la cabeza de las nuevas tecnologías de la comunicación, se han construido más de cien bibliotecas universitarias. Cuando el número de usuarios no hace más que aumentar y cuando, en nuestro propio territorio, los préstamos, las consultas a bases de datos, el acceso en línea a los catálogos, las visitas a las páginas web —38 millones en el 2001 sólo en las web de bibliotecas universitarias— las suscripciones a servicios de sumarios, la circulación de documentos dentro y fuera de sus locales crece año tras año de modo exponencial. Y sobre todo, y ello permite dudar de ciertos vaticinios, crece el volumen de consultas *in situ*. Desde 1992, el número de usuarios reales de las bibliotecas ha aumentado un 72% ; en el año 2001, sólo las bibliotecas universitarias recibieron 66 millones de visitantes. No debe sorprender, entonces, que en los últimos cinco años se hayan destinado más de 375.000 m² a la construcción o ampliación de nuevas bibliotecas, 42.000 de los cuales se inauguraron, sólo el año pasado, en los *campus* universitarios del país². Y lo que es más halagador. Los profesionales de la biblioteconomía están desarrollando funciones y ocupando puestos de trabajo impensables sólo hace diez años.

1. DIFUSION VERSUS PRESERVACION. LA BIBLIOTECA EN LA NUEVA SOCIEDAD DE LA INFORMACION

Las bibliotecas tienen ahora en sus manos, como siempre habían tenido, aunque a menudo no la hubieran aprovechado con el entusiasmo que era deseable, la posibilidad de abrir las puertas de acceso a los cada vez mayores almacenes de información; de derribar los muros, reales o imaginarios, que los separaban de los lectores; de conducir a los usuarios hacia el lugar donde se halla la información que realmente necesitan; de orientar a los que se sienten desconcertados ante el alud de documentos; de enseñar a manipular instrumentos, a menudo poco amigables; a facilitar alternativas menos costosas a la comunidad. En definitiva, deben continuar siendo mediadoras entre los

² *Anuario estadístico de las bibliotecas universitarias y científicas españolas*. REBIUN. 2001.

medios. Ahora y cada vez más la función de centro de recursos para la docencia y el aprendizaje, subyacente desde siempre en la biblioteca, debe aflorar a la superficie, superponiéndose y desplazando a un lugar menos relevante la función clásica de simple conservadora del conocimiento. Un nuevo dato: durante el año 2001 las bibliotecas académicas españolas impartieron más de cinco mil cursos de formación en nuevos recursos de información científica.

Como profesionales, pero también como individuos, estos son los retos que deben abordarse hoy en la biblioteca. Lejos de augurar un inmediato y glorioso futuro como *científicos de la información, analistas documentales o ingenieros del conocimiento*, en versión de F.W. LANCASTER³, eufemismos con los que se diversifica y a veces se intenta disfrazar una antigua y apasionante profesión, los bibliotecarios están obligados a compaginar diariamente las expectativas que genera en la sociedad la sofisticación de una tecnología en progreso acelerado y el imperativo ético de darle contenido, preservando al mismo tiempo los derechos de los individuos y los de las entidades generadoras de información. De su respuesta, aunque no sólo de la suya, naturalmente, depende el equilibrio entre dos derechos, en apariencia poco compatibles, pero incuestionables ambos: el derecho a estar informado y el derecho del propietario o productor de la información a ser reconocido como tal y compensado por ello⁴.

Convendría, de entrada, definir lo que, en nuestro caso, entendemos por información. Se han identificado más de 400 conceptos distintos del término, expresados por autores de diferentes campos y culturas. El enfoque es, naturalmente, distinto si se hace desde un punto de vista filosófico, económico, político, literario, técnico o personal y, por si fuera poco, admite todo tipo de adjetivación. Por lo generalista y cercana a nuestro entorno profesional, hemos convenido en aceptar la de N. STEVENS:

*«conjunto de datos e ideas, identificable, organizada de alguna forma, susceptible de ser comunicada, almacenada de varios modos y capaz de ser utilizada de manera inteligible»*⁵.

Hasta no hace mucho, se consideraba el documento escrito, en todas sus formas, como el soporte por antonomasia de la información. Así, el circuito

³ F.W. LANCASTER: «De conservadors a enginyers del coneixement: l'evolució de la professió bibliotecària», en *Item*, 16 (1995), pág. 43-50.

⁴ Un completo y actualizado estudio jurídico de las actividades que se desarrollan en torno a Internet puede hallarse en: PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de Internet*. 2.^a ed. Madrid, Civitas, 2001. (Monografías Civitas).

⁵ N. STEVENS: «The history of Information». En *Advances in Librarianship*, 1986, 14.

en el que ésta se transmitía era relativamente limitado: autor, editor, distribuidor, librero, biblioteca/lector, que reiniciaba en potencia el proceso. Las nuevas tendencias de la semiótica han ampliado hasta límites insospechados el número y la diversidad de soportes o contenedores de información y la tecnología digital los ha hecho, además, incorpóreos.

Dejemos a los sociolingüistas el terreno que les es propio y veamos como nos afecta la nueva realidad.

Las bibliotecas seguimos reuniendo y difundiendo palabras, sonidos, imágenes, sin que ello ocupe ningún espacio físico, a excepción, claro está, del que invaden los innumerables ingenios que hacen falta para ello, que no son pocos. Estamos utilizando un espacio menor, pero sobre todo, diferente.

Y es distinta también la relación que establecemos con los integrantes del circuito, desde los autores hasta los lectores con sus derechos y expectativas, pasando por los intermediarios, venales o no, que nos proporcionan el producto acabado.

Ser reconocido como autor de una obra, ya sea literaria, artística o científica, es un sentimiento indisoluble del ejercicio de la creatividad. Sin este reconocimiento y sin los derechos que conlleva, la literatura, la creación artística, la innovación tecnológica, los avances científicos dejarían de progresar y aún de existir en poco tiempo. Sin entrar en disquisiciones doctrinales acerca de la naturaleza del derecho de autor, es evidente que coexisten en él dos aspectos de distinto alcance: un derecho patrimonial y un derecho moral. El primero se manifiesta en la potestad de explotación y es un derecho fundamentalmente económico que otorga a su titular el poder de reproducir la obra por los medios que quiera, de representarla, de distribuirla, transformarla, traducirla a otras lenguas, adaptarla, revisarla, etc. Es un derecho que puede transmitirse, de forma que pueda ser explotado por terceros que estén autorizados para ello, y evaluable en términos monetarios.

El derecho moral consiste en que le sea reconocida la autoría de la obra y su integridad. Al contrario que el patrimonial, no es evaluable económicamente, ni es posible renunciar, alienarlo, embargarlo o expropiarlo ya que sólo puede ser transmisible por causa de fallecimiento. El derecho moral determina la aparición del derecho patrimonial ya que depende de la decisión del autor el divulgar o no la obra, para hacerla accesible al público bajo cualquier forma.

En el contexto cada vez más dinámico del mercado de información y a consecuencia de la diversidad de soportes en que se manifiesta, aparece una nueva pléyade de comensales en el sustancioso banquete de los derechos de autor, a caballo entre la creación intelectual y la actividad industrial: compi-

ladores, programadores informáticos, productores de bases de datos, realizadores, intérpretes, guionistas, fotógrafos, diseñadores... Es justo, también, que las importantes inversiones que exigen la elaboración y mantenimiento de productos y servicios, algunos muy sofisticados, se garantice a su vez con una compensación económica y la correspondiente protección jurídica.

El producto de la actividad creadora, que hasta no hace mucho debía materializarse en un soporte físico, ha tenido como inevitable secuela el fenómeno de la imitación o de la copia pura y simple, tanto mayor a medida que la tecnología lo ha facilitado. Esto, en principio, no es reprochable. De hecho, la imitación de un modelo, para bien o para mal, está en el origen de todo aprendizaje. El problema surge cuando quien copia pretende obtener con su acción un provecho social o material.

En términos jurídicos, la articulación del derecho a ser reconocido como autor y a evitar que otros se beneficien del esfuerzo individual, se ha ido desarrollando y complicando a medida que los medios técnicos facilitaban la copia y la difusión y, en consecuencia, a medida que aparecían nuevas actividades, propiciadas por estas nuevas técnicas. La protección jurídica de la propiedad intelectual es, en sí mismo, un medio efectivo de fomento de las actividades de creación e innovación tecnológica y, por consiguiente, del desarrollo de la industria y del incremento de su competitividad, ya sea en el campo de los contenidos y las tecnologías de la información como, en general, en los sectores y actividades que giran en torno a la industria cultural. Recordemos, de paso, que esta protección afecta tan sólo a la materialización formal de una idea, no a la actividad intelectual que produce la idea.

«Solo hay una cosa imposible para Dios: hallar algún sentido en cualquiera de las leyes de copyright que existen en el planeta».

Esta *boutade* la escribía Mark Twain en su libreta de notas, en mayo de 1903, probablemente para llamar la atención sobre la complejidad y la dificultad de orientarse en el terreno de la propiedad intelectual. Y esto lo afirmaba, naturalmente, sin conocer Internet y por si fuera poco desde un país que, por razones obvias, ha sido el más activo en la confección de un amplísimo corpus legal sobre la materia. Ya a finales del siglo XIX, reportaba PELLA I FORGAS, prestigioso jurista e historiador ampurdanés: *«los prodigios de riqueza e industria, pongo en primer lugar los Estados Unidos de América, no se atribuyan a sus aranceles...conviene saber que diariamente entran en sus oficinas cien solicitudes para otros tantos inventos y progresos industriales»*⁶.

⁶ JOSEP PELLA I FORGAS: *Patentes de invención y derechos del inventor*. Barcelona, 1892, pág. 8.

Pero, por otro lado, existe el derecho de los ciudadanos a acceder a la información. Esto obliga a los gobiernos a garantizar el equilibrio entre la defensa de los legítimos derechos de los autores y las necesidades de la sociedad, muy en especial en el caso de los países en vías de desarrollo. No olvidemos el impresionante volumen de negocio que genera el mundo de la información. En los Estados Unidos, la propiedad intelectual constituye el primer sector productivo, con una incidencia decisiva en su producto interior bruto, y parece que Europa está recorriendo el mismo camino. Una legislación restrictiva en este sentido impediría a muchos países del tercer mundo acceder a los niveles de desarrollo deseables, haciendo más profunda la distancia que los separa de los países ricos. Pensemos, por un momento, lo que supone el pago de *royalties* industriales por parte de países en vías de desarrollo, con una deuda externa desbordada.

¿Cómo compaginar ambos derechos, desde la biblioteca, sin lesionar a ninguno de sus titulares? Hallar el justo equilibrio entre ambas exigencias, asegurando de una parte el derecho de la sociedad a acceder libremente a los bienes culturales, a la vez que se preserva el derecho del autor a ser reconocido como tal, a impedir la copia y a controlar la difusión sin su consentimiento, no es tarea fácil. Y es tanto más comprometida por el componente moral del que participan ambos derechos, si consideramos que por defenderlos han arriesgado su libertad y aún su vida —y, desgraciadamente, la están arriesgando todavía hoy en demasiados países— multitud de ciudadanos. En todo caso, la biblioteca, ante la aparición de un posible conflicto de intereses, ha optado con frecuencia por inclinarse hacia el bando más débil ⁷.

2. DERECHOS DE AUTOR Y SERVICIOS BIBLIOTECARIOS

Bajo el paraguas de la Convención de Berna ⁸, la actividad legislativa en materia de derechos de autor ha sido incesante. A partir de su incorporación a la Comunidad Europea, España ha debido armonizar su normativa a las Directivas emanadas de Bruselas. La vieja Ley de 1879 ya fue sustituida en 1987, para acomodarla a la aparición de nuevos soportes. En su reunión de Corfú, en junio de 1994, el Consejo Europeo insistió en la necesidad de

⁷ M. SEGBERT, ed.: *Las bibliotecas públicas y la sociedad de la información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1998.

⁸ El Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, para la protección de obras literarias y artísticas, fue revisado en Berlín, el 13 de noviembre de 1908, en Roma, el 2 de junio de 1928 y en París, el 24 de julio de 1971. España lo ratificó el mismo año y lo incorporó a la Constitución de 1978 (art. 20.1). Vid.: *España: Propiedad Intelectual*. 10.^a ed. Madrid. Civitas, 2001. (Biblioteca de legislación. Serie menor; 98). Reúne textos legislativos sobre la materia.

crear un marco jurídico, general y flexible, de ámbito comunitario, que fomentase el desarrollo de la sociedad de la información en Europa, propiciando un mercado interior para la libre circulación de los nuevos avances tecnológicos. Se pretendía de este modo establecer un cauce normativo que estimulara el desarrollo y la comercialización de nuevos productos y servicios, así como la creación y explotación de su contenido creativo, sobre la base de la protección de los derechos de autor. Un objetivo que se inscribe en el respeto a los principios generales del Derecho, ya que el derecho de autor constituye una de las manifestaciones del derecho a la propiedad, a la libertad de expresión y al interés general y es, sin ninguna duda, el menos cuestionado de los derechos de propiedad.

El maremagno legislativo se pretendió homogeneizar en el Decreto 1/1996, de 12 de abril, que aprobaba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Este texto legal tuvo que ser modificado poco después, para incorporar la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de bases de datos, que dio lugar, a su vez, a la Ley 5/1998, de 6 de marzo. Una nueva Directiva —97/36/CE— sobre televisión por cable se reflejó en la Ley 22/1999 de 7 de junio y un año más tarde se elaboró la directiva 2000/31 sobre comercio electrónico. Precisamente esta directiva acaba de ser incorporada a la legislación española⁹ y está pendiente la más reciente aportación comunitaria —la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001— relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Nuevas iniciativas legislativas en el seno de la UE la dotarán, al parecer, del marco legal más progresista en el mundo —cada vez más interdependiente— de la información y del comercio electrónicos.

A lo largo de la elaboración de la Directiva 2001/29 y ante el temor de que se introdujeran modificaciones en perjuicio de la difusión, las bibliotecas, en tanto que garantes de un derecho fundamental, se pusieron en movimiento. EBLIDA (*European Bureau of Library, Information and Documentation Associations*), organización europea que reúne diferentes asociaciones de Bibliotecas y centros de Documentación, impulsó una campaña de movilización en defensa de los intereses de las bibliotecas —en definitiva, de sus usuarios. El texto final fue considerado aceptable por los profesionales, en especial por la lista de excepciones previstas. No debemos olvidar que esta

⁹ El 12 de octubre ha entrado en vigor la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) un texto legal elaborado, no sin polémica, con el objetivo, según el Gobierno, de «generar la confianza necesaria» en el empleo de los medios telemáticos. El texto, como era de esperar, ya está siendo cuestionado por los internautas afectados, especialmente creadores y usuarios de páginas web, que la consideran un recorte de libertades en Internet.

Directiva respondía a los cambios y peligros que la tecnología —y en especial Internet— estaba generando en la definición, gestión y protección de los derechos de autor, aunque, finalmente, el texto se haya inclinado, en algunos aspectos, por favorecer los intereses de los autores, en contra de las expectativas de los ciudadanos en lo que respecta al libre acceso a la información.

Ya en 1998, se había producido en el mismo sentido la declaración de las bibliotecas académicas europeas, agrupadas en torno a LIBER (*Ligue des Bibliothèques Européennes de Recherche*), en la que se instaba a las autoridades comunitarias a garantizar el necesario equilibrio a la hora de adoptar soluciones relativas al *copyright*. Apoyándose en el amplio espectro de posibilidades legislativas que ofrecía el Tratado sobre Copyright, refrendado en Ginebra en el 1996 en el seno de la Oficina Internacional de la Propiedad Intelectual (WIPO), trataban de demostrar a los legisladores que de ese modo se cubrían, de una parte, las necesidades educativas e investigadoras de la sociedad, asegurando el acceso en igualdad de condiciones a los materiales impresos o electrónicos, y de otra se estimulaba el desarrollo económico de la Comunidad y, consecuentemente, el bienestar de todos sus miembros.

Por lo que respecta a la transposición a la normativa española de la Directiva 2001/29/CE, las bibliotecas, archivos y centros similares se sienten directamente afectados por el nuevo marco legal que se está dibujando y en este sentido se han apresurado, a través de sus órganos representativos, a intervenir en el proceso regulador de estas materias. El grupo de trabajo de Bibliotecas y Propiedad Intelectual de FESABID (*Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía y Documentación*), ha redactado un documento en el que se recogen las propuestas del sector, en el espíritu del trabajo ya realizado por EBLIDA durante la elaboración y aprobación de la propia Directiva ¹⁰.

El escrito solicita que se tomen consideración una serie de aspectos que permiten equilibrar los intereses de los legítimos derechohabientes y los, igualmente legítimos, de las bibliotecas y sus usuarios. Se subraya el papel singular que juegan estos establecimientos públicos en la difusión de la cultura, en el desarrollo de la investigación científica y en el progreso tecnológico, al tiempo que se muestra contrario a todo tipo de prácticas de piratería o de utilización ilícita, insistiendo en la necesidad de no limitar las actividades legales y de evitar que se impongan cargas económicas o administrativas injustificadas. En este sentido, se propone la no-modificación del art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril ¹¹, relativo a la libre

¹⁰ Posición de FESABID ante la transposición de la Directiva sobre derechos de autor. Madrid, FESABID, mayo 2002.

¹¹ El RD aprobaba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

reproducción y préstamo de obras por parte de bibliotecas y centros similares, al considerar que cumple con los términos de utilización ya establecidos por la Directiva. Igualmente, se alerta sobre los riesgos de imponer un gravamen múltiple a estos centros en el caso en que se modificara el art. 25 del mismo Real Decreto. Su plasmación en un nuevo texto de la Ley de Propiedad Intelectual española, emanada de la Directiva en cuestión, podría materializarse con la introducción de dos nuevos artículos, de texto más o menos similar:

«No será necesaria la autorización ni el pago de remuneración a los titulares de los derechos, cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales instalados en los locales de bibliotecas, fonotecas, museos, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública —es importante insistir en el carácter público de las instituciones afectadas— o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones».

«No será necesaria la autorización ni el pago de remuneración a los titulares de los derechos, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre de autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida».

Gracias, pues, a los límites o excepciones impuestos a los derechos de autor, las bibliotecas han podido realizar una serie de servicios que han permitido cumplir con su principal objetivo: ser difusores de información y sobre todo, garantizar el derecho fundamental de todo ciudadano a acceder a la información y a la cultura.

Ya se ha señalado que la normativa sobre *copyright*, en aplicación del artículo 44 de la Constitución, que protege el derecho de acceso a la cultura y a la investigación, y en la correspondiente armonización comunitaria, el legislador hacía una única excepción a favor de las bibliotecas y centros públicos afines: *solamente las bibliotecas de titularidad pública podrán, para prestar a sus usuarios, realizar una copia* —hay que recalcar que se trataba de una copia solamente para prestar, no vender— *de cualquier documento, para fines de aprendizaje o investigación, sin necesidad de solicitar permiso a los autores y sin que éstos puedan impedirlo*¹². También la Ley de Patrimonio Histórico, en su artículo 50, posibilita, para su preservación, la copia en cual-

¹² *Id.*

quier soporte, de obras de las que no existan más de tres ejemplares en establecimientos públicos, situación que, se supone, ocurre a los 25 años de la publicación.

Está claro, pues, que la biblioteca ha podido obtener copias sin impedimento ni cargo alguno, para sus fines de soporte a la docencia, al aprendizaje y a la investigación. Actividades que los autores y sus agentes vienen observando desde antiguo con justificado recelo y por ello, como ya se ha apuntado, existe un justificado temor entre los profesionales, de que la ley, cediendo a los intereses de las poderosas industrias del sector, introduzca elementos restrictivos u onerosos en unos servicios hasta ahora habituales en las bibliotecas. Señalemos algunos.

El préstamo ha constituido desde antiguo una práctica habitual en las bibliotecas. Consta que la biblioteca Ulpiana, fundada por el emperador Adriano hacia el año 100 de nuestra era, autorizaba el préstamo, como lo hacían también las 28 bibliotecas públicas que en el siglo IV d.C. funcionaban en las provincias del imperio romano. Por un precio módico, los estacionarios adscritos a las universidades medievales prestaban los textos autorizados a los estudiantes para que estos procedieran a su copia —algo que los escolares siguen realizando todavía, con medios fotomecánicos, naturalmente— y era también una práctica en las bibliotecas monásticas, hasta el punto que ello dio origen a finales del siglo XIV al primer catálogo colectivo que se conoce, el *Registrum Librorum Angliae*, repertorio de las existencias de los 186 monasterios franciscanos de Inglaterra, hoy en la Bodleian Library de Oxford. La reglas de San Agustín y de Isidoro de Sevilla recomendaban el préstamo diario de libros a los monjes, a condición que los devolvieran al *scriptorium* antes de la noche y para el préstamo entre bibliotecas se utilizaba el sistema de dejar otro libro como garantía para asegurar su retorno.

En la actualidad, el préstamo es una práctica habitual en las bibliotecas de titularidad pública y a menudo da origen a la copia fraudulenta de libros y artículos, ya que ésta resulta más barata que la adquisición o suscripción. Es indudable su efecto pernicioso, sobre todo en el mercado relativamente limitado de la edición de libros científicos.

Esto sigue siendo posible porque el libro es un objeto transportable, susceptible de ser leído en cualquier parte, sin otro requisito que la existencia de suficiente iluminación y, naturalmente, de capacidad lectora.

No me resisto a reproducir la ingenua viñeta que aparece en la página de guarda de un ejemplar publicado por Calleja en 1917, correctamente estampado según la normativa sobre derechos de autor de la época, en la que se advertía al lector:

«Si este libro te agrada, no lo prestes. Porqué restándome compradores, agradeces el deleite que me debes devolviendo mal por bien.

Prestar un libro es un gran perjuicio para el autor que cobra derechos por ejemplar vendido».

La aparición de las nuevas técnicas de difusión, en especial la edición electrónica, ha cambiado los términos que se establecían, unívocamente, entre editor y lector. La relación del autor, del editor y del distribuidor que, con la biblioteca, formaban el circuito de transferencia de la información, también han cambiado. Libros y editores se multiplican y lo hacen también los canales e itinerarios tradicionales. Los autores pueden entrar ahora directamente en contacto con sus lectores, sin intermediario alguno.

La relación de la biblioteca con el editor o distribuidor ha cambiado también. En la edición convencional, el contrato tácito entre autor y lector, entre librero y biblioteca, se formalizaba en la librería, en el acto de pagar el precio del ejemplar. El comprador pasaba a ser propietario de la información que adquiría. Podía utilizarla cuantas veces quisiera y donde quisiera; podía resumirla o copiarla en otro soporte para asegurar su conservación y también podía prestarla a sus usuarios y proporcionarles una copia para el estudio o la docencia, sin otros límites que la no-venalidad del servicio. Esto ha valido igualmente para otro tipo de soportes, como las microformas, los videos o los CD.

En los 50 apareció en el mercado la edición electrónica y, por tanto, la consulta a través de ordenador. No fue hasta entrados los 60 cuando se desarrolló la primera base de datos destinada a la investigación. MEDLARS fue el primer sistema informatizado de recuperación de la información y estaba dirigido básicamente a la profesión médica. En 1971, la versión en línea MEDLINE constituyó el primer gran servicio de búsqueda en una base de datos a través de línea conmutada. Al año siguiente, DIALOG ofrecía la primera base de datos comercial en línea. No se adquiría un soporte de contenido de información, sino que se obtenía la posibilidad de acceder a ella a través de un contrato de suscripción. Las búsquedas, en este tipo de bases de datos, generaban unos costes que las bibliotecas empezaron a pensar en trasladar a sus usuarios y su uso fue muy reducido hasta que apareció el CD-ROM.

Muchos de los primeros productos en CD-ROM eran versiones de bases de datos en línea mucho más amplias y se suministraban también por suscripción, mediante la cual la posesión de los datos continuaba reservada al editor/productor. Inicialmente, su precio incluía la licencia de consulta del contenido y en algunos casos la compra de un ordenador y un lector de CD-

ROM, ya que todavía no se habían establecidos estándares en estos productos. La compra del equipo como parte del coste del producto no siempre era posible. Era difícil por parte de las bibliotecas justificar ese tipo de compra con cargo a la partida para adquisición de bibliografía y por otra parte los presupuestos no eran nunca lo suficientemente elevados o flexibles para afrontar el gasto. Por otra parte no era posible aún la consulta simultánea en red, precisamente una de las mayores ventajas de esa tecnología.

Una alternativa que se utilizó con frecuencia fue comprar la base de datos en cinta magnética para instalarla en el sistema informático local, de modo que fuera accesible a varios lectores a la vez, incluso fuera del recinto de la propia biblioteca. Pero el sistema tenía un coste elevado y era problemático asegurar su mantenimiento indefinidamente. Y entonces apareció una nueva tecnología: el World Wide Web.

El WWW tiene su origen en la red de comunicación que creó a finales de los 60 el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, con el fin de conectar centros informáticos militares, a la cual se sumaron más tarde otros centros académicos y de investigación. En 1981 la comunidad universitaria creó su propia red interna de trabajo que se llamó Internet y a partir de ahí se fueron desarrollando otras redes, como NSFNet, que conectaba los seis grandes centros de supercomputación norteamericanos. El tránsito de datos a través de la red fue aumentando rápidamente entre centros Internet universitarios, hasta convertirse en el eje vertebrador de Internet, tal como lo conocemos hoy. Actualmente Internet es internacional y conecta toda clase de redes en más de setenta y cinco países.

En la década de los 90 el correo electrónico se fue haciendo popular entre los medios académicos. Utilizando Telnet, las bibliotecas realizaban búsquedas en otros catálogos y transferían información de un lugar a otro. Los editores empezaban también a experimentar diversos sistemas para publicar revistas electrónicamente, de modo que en la mitad del decenio existían más de 30.000 títulos disponibles en formato electrónico.

La imparable difusión del World Wide Web hizo evidente que había empezado una revolución realmente transformadora.

En este nuevo entorno aparecen las «bibliotecas digitales», creadas por los usuarios a su medida y capaces de reunir documentos adaptados a sus necesidades, disponibles inmediatamente. Las bibliotecas digitales facilitan información, independientemente del lugar y del tiempo, son accesibles veinticuatro horas al día y siete días a la semana —con permiso de las telecomunicaciones, claro está— y son el instrumento decisivo en el cambio de los tradicionales sistemas de aprendizaje.

En este espacio virtual muchas bibliotecas están creando estructuras de soporte para colecciones caleidoscópicas, a través de sus propias páginas web. De alguna forma, crean una especie de mapas mentales del espacio intelectual, organizando los recursos disponibles por tipos, categorías o funciones: directorios, enciclopedias, índices, resúmenes, etc., así como imágenes y sonidos.

Desde siempre, las bibliotecas han buscado soluciones al dilema de poco dinero frente a mucha oferta de documentos. Existe una larga historia de cooperación para compartir recursos y ampliar en cierto modo las colecciones propias y una de las más populares, a la que se ha hecho referencia, ha sido el préstamo interbibliotecario, a través de la creación de catálogos colectivos, de acordar condiciones de préstamo recíprocas para los respectivos usuarios, de establecer políticas de desarrollo cooperativo de las colecciones tendentes a asegurar la exhaustividad a través de la especialización e incluso, aunque este aspecto no fuera muy popular, la adquisición cooperativa. Al iniciarse el proceso de automatización, también compartieron equipos, programas y habilidades. Todas estas actividades tenían como propósito el facilitar el uso de recursos físicos, principalmente libros y revistas.

Pero la relación, en el entorno digital, es distinta. No se «posee» la información, porque no hay soporte físico, sino que se obtiene del que la tiene almacenada virtualmente, a través de una licencia para acceder a una parte o a la totalidad de los textos, en las condiciones y por un tiempo determinados. Se ha pasado de ser propietario a ser usufructuario temporal. Añadamos las limitaciones y el sobrecosto inherentes al funcionamiento de los artilugios que se precisan para acceder a la información: ordenadores, redes, telecomunicaciones, limitaciones horarias, interferencias, interrupciones y otras amenazas.

Y existe, como no Internet: ahora cualquiera puede publicar cualquier cosa, por el sistema de «cortar y pegar». Cualquiera puede saltarse los canales tradicionales, tanto para la edición y distribución como para la recuperación de información. La biblioteca, pues, no sabe muy bien cuál es su posición actual ni cuál va a ser en el futuro en este nuevo circuito multidireccional que está cambiando las reglas del juego. Pero parece que tampoco lo saben editores y distribuidores, lo cual no deja de ser un pequeño consuelo.

¿Qué efectos está teniendo este nuevo entorno digital en el mercado tradicional de compra de información? Por de pronto el efecto globalizador ha reducido drásticamente el número de agentes, aunque el número de autores y de usuarios vaya en aumento. A más producción, menos intermediarios pero un coste mayor para el usuario final.

En principio las bases de datos electrónicas, ya fueran factuales o textuales, no fueron pensadas para ser utilizadas en red y por eso su coste era unitario. Este tipo de productos tenía un precio, con independencia de las características del cliente, porque sólo podían ser utilizadas por un usuario cada vez. Los desarrollos tecnológicos y en especial, el crecimiento de las redes, al hacer posible la consulta simultánea y a distancia ha cambiado el panorama de manera radical.

Una consecuencia de este cambio, unida a la explosión en el sector de la información, fue la llamada crisis de las revistas (*serial crisis*). Actualmente, los artículos publicados cada año doblan en número los que se publicaban hace veinte años. Por otro lado, la sofisticación y consiguiente coste de los nuevos soportes de información han hecho crecer los precios de libros y revistas, mucho más allá de lo que las bibliotecas pueden soportar. Sólo entre 1986 y 1999, el precio de las revistas creció un 207% y el de las monografías un 65% ¹³, en tanto que sus presupuestos ordinarios crecían por debajo del 4% anual ¹⁴. Las empresas editoras justifican el aumento en razón de los incrementos de sus costes, a la mayor cantidad de información incluida en cada revista, con el consiguiente pago de derechos a los autores —aunque no siempre sea así por lo que respecta a autores académicos— y, sobre todo, a las inversiones en I+D que exige la edición electrónica.

La información es hoy objeto de comercio y de negocio. No debe sorprender, por consiguiente, que en esta materia el sector privado haya invadido el público. La justificación es simple, aunque falaz: el sector privado conoce mejor las necesidades de los consumidores —o las crea artificialmente, si es preciso— y es capaz de atenderlas mejor y más rápidamente. Además, éstos están dispuestos a pagar por ello. Tal vez el sector público haya fallado en términos de eficiencia y de capacidad de adaptación pero es indudable que sólo él está en condiciones de cubrir determinadas parcelas del conocimiento y es el único que puede garantizar la igualdad de oportunidades de acceso a toda la comunidad.

La información ya no es un negocio regional sino una actividad global, dirigida por grandes multinacionales con ventas a todo tipo de instituciones, en el ámbito mundial. Para asegurar su presencia y conseguir implantación en todo el mundo los distribuidores de información se han fusionado o han adquirido otras compañías, en todo el arco del comercio mundial. Sólo en 1999 se produjeron 500 fusiones en industrias de la información: prensa, edición, distribución, etc., sin contar las telecomunicaciones, de las cuales dos

¹³ Fuente: Estadísticas de la *Association of Research Libraries (ARL)*.

¹⁴ *Library Management*, vol. 23m 4/5 (2002).

tercios se produjeron en la UE. El móvil común era el afán de dominar el mercado y evitar la competencia para obtener mayores beneficios ya que, en casi ningún caso, las empresas absorbidas eran deficitarias u obsoletas.

De las cien compañías o agencias de distribución que operaban en el mercado, quedaban sólo diez hace cinco años. Algunas bien conocidas, como *Franklin Square*, *Universal Periodicals*, *Harcourt*, *MacGregor*, etc. Hoy sólo quedan tres: *Faxon*, actualmente parte de *Rowe, Co.*, que ha absorbido *Dawson*; *EBSCO* y *Swets Blackwell*, que a su vez había integrado *Academic Press*. *Elsevier*, un editor que ha fagocitado cuantas compañías del ramo se le han puesto por delante (*Kluwer*, *Silver Platter*, *Harcourt...*), acaba de desembarcar en el sector de la distribución, en descarada competencia con las empresas supervivientes, que contemplan con justificado recelo la incursión de ese monstruo hambriento en el reparto del pastel.

En mayo de 2001, la Coalición Internacional de Consorcios de Bibliotecas, (ICOLC) dio difusión a una protesta sobre las fusiones en la industria de la información académica, a raíz precisamente de la compra de *Silver Platter* por parte de *Kluwer*, que poseía también *Ovid Technologies*, con lo que se convertía en monopolio al absorber la otra compañía que ofrecía información en texto completo en el campo de la literatura científica.

La amenaza para el público es evidente. Cuando dos o tres grandes multinacionales controlan el mercado de un producto en todas sus fases —materia prima, fabricación, distribución y venta— siempre existe el riesgo de que los precios de este producto crezcan exponencialmente. Se produce, además, otra consecuencia enormemente negativa ya que al anular la competencia se frena la innovación. Es cierto que las enormes inversiones que exige la experimentación en nuevas tecnologías no pueden realizarse con medios exiguos o con una cuota de mercado local. Los editores que en un futuro inmediato no contemplen la edición científica con medios electrónicos poco podrán hacer para subsistir. Quedarán pocos, en soporte papel, muy especializados, capaces de cubrir un segmento que nunca atenderán las *majors*.

Otra característica de la edición electrónica, impuesta por las grandes compañías, es que ya no es posible o resulta muy costosa, la política de compra título a título. El sistema de suscripción por paquetes (*bundling*) obliga a adquirir todas las revistas que el editor ha seleccionado, a menudo, la totalidad de su producción, en términos de tomarlo o dejarlo.

Y no olvidemos otro problema, especialmente grave en el caso de las universidades españolas, que reside en los criterios sobre los que se basan los contratos de suscripción o licencia, inspirado en el modelo universitario americano. Ya se ha señalado que la ubicuidad y la versatilidad, características de

la edición electrónica, obligan ahora al autor o a su editor a establecer individualmente con cada usuario potencial o con sus intermediarios las condiciones de la consulta y explotación de la información, sin posibilidad de acceso al stock cuando se ha interrumpido el contrato de suministro. A no ser que pague de nuevo por cada consulta retrospectiva; el *pay per view*, en definitiva. En función del contrato establecido con el autor o propietario de la base de datos el comprador debe pactar, en cada caso, la modalidad de la explotación; el período en que ésta se desarrollará; el ámbito territorial de uso.

Veamos algún ejemplo de cómo afecta a las bibliotecas universitarias.

El cálculo de la magnitud de una universidad —y el precio consiguiente— se hace sobre el concepto anglosajón de FTE (*full time equivalent*) que no es aplicable al modelo español. Ello supone que el número de estudiantes está sobredimensionado porque la conversión al sistema americano no llegaría a dos tercios. El modelo de precio se basa en el *campus*; muchas universidades en España tienen sus centros esparcidos por un núcleo urbano o incluso en distintos municipios. *Campus* se confunde con centro, que a veces sólo consiste en una pequeña Escuela o Instituto. Por otro lado, no hay que olvidar que en España la universidad tiene una función ocupacional para la juventud y no digamos sus bibliotecas. La metodología tradicional —clases magistrales y apuntes— poco tiene que ver con la utilización masiva de los recursos documentales y de ahí que, si bien las universidades de los países del sur de la UE suman muchos más estudiantes, el porcentaje de titulados es mayor en las del norte. Y por último, no hay que olvidar que la mayoría de la literatura científica electrónica está en inglés, un idioma todavía poco familiar entre la comunidad discente.

Espoleadas por esta realidad, las bibliotecas buscan alternativas a la publicación comercial. Nuevamente la tradición cooperativa ha surgido con una fuerza mayor, si cabe, de la que tuvo en un pasado de entorno radicalmente distinto. Muchos de estos esfuerzos cooperativos, surgidos en su mayoría desde la base, gracias al impulso de los profesionales, están siendo respaldados y aun impulsados por las instancias gubernamentales, en el contexto de las políticas de atribución de recursos que tengan en cuenta la relación coste-eficiencia.

La finalidad de los consorcios, en su versión actual, contempla tres funciones básicas: compartir recursos físicos, proporcionar conexiones a Internet y a las web y garantizar el acceso a colecciones básicas de productos electrónicos. Así, los consorcios actúan como agentes de compra colectiva para obtener el mejor precio por los productos electrónicos que cada biblioteca puede seleccionar a voluntad. Otra práctica consiste en que el consorcio compre el producto electrónico y lo instale en un servidor local, al cual pueden acceder por línea conmutada o por Internet cada uno de sus miembros.

La razón de la creciente implantación de los consorcios ¹⁵, consiste principalmente en que pueden obtener licencias a precios más razonables de los que sería posible obtener individualmente. Además, la capacidad de disponer de una importante reserva de fondos, hace que los editores o productores se sientan más interesados en negociar sumas de dinero mucho mayores con menos interlocutores. Existen otras razones más idealistas, sin duda, y que en cierto modo facilitan el cumplimiento de compromisos sociales: estos métodos permiten asegurar el acceso a una colección básica de documentos necesarios a los centros más modestos del grupo en igualdad de condiciones a los grandes organismos científicos, haciéndolo extensivo a unos usuarios hasta entonces excluidos, porque sus centros no podían adquirir productos cuyo precio excedía sus posibilidades. Otra rasgo que no debe menospreciarse es la incidencia en la contención de precios que están ejerciendo los consorcios en el mercado de la documentación electrónica.

Más allá de estos experimentos en marcha, de cara a la adquisición de información científica, algunos grupos intentan reinventar nuevas empresas de publicación que den salida a textos elaborados por sus propios investigadores de manera que puedan venderse a un precio menor ¹⁶. Porque no deja de ser sorprendente que las universidades deban comprar a un precio muy alto a los editores de publicaciones científicas el resultado de las investigaciones desarrolladas y producidas por sus propios profesores e investigadores, gracias a los recursos que la universidad pone a su alcance.

Algunos editores permiten a los autores retener el *copyright* y aun les autorizan a depositar el material en archivos electrónicos públicos. Pero no todos lo hacen. En todo caso, las instituciones públicas deberían insistir en la necesidad de retener el *copyright*, al menos de los *pre-prints*. La biblioteca ha de ser el hogar natural de la edición electrónica institucional, porqué desde siempre ha gestionado la información consumida y generada por sus miembros. A corto plazo, la biblioteca puede hacerse cargo de la instalación y gestión de servidores locales, facilitando el camino para la salida de la producción del personal académico.

¹⁵ Para una sucinta aproximación al tema de los consorcios bibliotecarios, véanse los artículos: S.L. BOSTICK: «The history and development of academic library consortia in the United States: an overview», *The journal of academic librarianship*, 2001, vol. 27, 1, págs. 128-130; LLUÍS ANGLADA: «Working together, learning together: the Consortium of Academic Libraries in Catalonia», *Information Technology and libraries*, 1999, vol. 18, 3, págs. 139-144; MIGUEL DUARTE: «New strategies in library services organization: consortia university libraries in Spain», *ibid.*, 2000, vol. 19, 2, págs. 96-102.

¹⁶ J. COX: «Developing model licenses for electronic resources: cooperation in a competitive world», en *Library consortium management: an international journal*, 2000, vol. 2, 1, pp 96-102; E. GIAVARRA: *Licensing digital services: how to avoid the legal pitfalls*. EBLIDA, 2001.

BioOne; *PubMedCentral*, impulsado por la División de Salud Pública de USA y varias universidades; *SPARC* (*Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition*) son experiencias surgidas de la colaboración entre la Administración y las instituciones de enseñanza superior de ámbito anglosajón, que se proponen crear y distribuir nuevas revistas electrónicas al margen del circuito comercial ¹⁷.

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS, NUEVAS FACILIDADES. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE AUTOR

En la interpretación y, sobre todo, en la aplicación de la normativa sobre *copyright*, por lo que respecta a las nuevas tecnologías, las bibliotecas se sienten a menudo desconcertadas y con la sospecha de que están pagando por la información mucho más de lo que sería razonable.

Por una parte, están los autores, los editores o las sociedades de gestión autorizados por los respectivos gobiernos —en el caso de España, la SGAE, AGEDI, CEDRO, VEGAP, etc.— propietarios o representantes de derechos de determinados autores, que pretenden obtener un beneficio directo de la explotación de estos derechos; y por otra, está la gran masa, real y virtual, de lectores/usuarios de estos productos. Es decir, las bibliotecas deben, a un tiempo, controlar y facilitar el mismo producto. No es tarea fácil.

Ocurre que las nuevas tecnologías han hecho también más fácil y más rápida la copia. En poco tiempo, las bibliotecas que han contado con medios suficientes —y hay que ver con qué entusiasmo han hecho acopio de fotocopadoras, impresoras, faxes, escaners y otros artilugios— se han lanzado a digitalizar sus propias bases de datos, a elaborar *dossiers* y a inflar sus web a base de importar cientos de páginas: artículos de revista, congresos, conferencias, estadísticas, imágenes, una avalancha, en fin, de información que se muestra al alcance de la mano, por la forma tentadora y sencilla en qué se ofrece. En la mayoría de casos, no se ha tenido conciencia que se estaban rozando, cuando no traspasando, los márgenes de la ley.

El uso de la tecnología ha permitido a las bibliotecas multiplicar las vías de acceso a la información, liberando a su personal de trabajos repetitivos y poco gratificantes. A la vez, ha posibilitado la creación de servicios *a la car-*

¹⁷ *Create change: a resource for faculty and librarian action to reclaim scholarly communication*. Association of Research Libraries/ Association of College and Research Libraries, SPARC, 2000.

ta para sus usuarios, protegiendo al mismo tiempo un patrimonio documental de enorme importancia.

La digitalización de textos manuscritos o impresos es una actividad cada vez más frecuente, sobre todo en las bibliotecas con fondos históricos o especializados. El propósito es la preservación de colecciones documentales muy valiosas pero también muy frágiles. La antigüedad de la mayoría de estas piezas, por lo general, las hace ya de dominio público, pero también se están popularizando las llamadas *bibliotecas virtuales*, no siempre formadas por ediciones antiguas. Existen en España proyectos de este género —Cervantes, Dioscórides, Ramon Llull, etc.— accesibles en línea. En sentido estricto, escanear un documento para incorporarlo a una base de datos textual supone una doble acción sometida a *copyright*: la de copiar —recordemos que la ley permite sólo una copia— para almacenarlo electrónicamente y, otra, la de difundir, al facilitarlo a los usuarios, presentes o lejanos. Así fue considerado hasta la Ley del 98 sobre la protección jurídica de las bases de datos, que incorporaba la Directiva comunitaria 96/9CE, menos restrictiva, que autoriza a cualquier persona con derecho a utilizar una base de datos a acceder y usar su contenido sin que por ello se infrinja el *copyright*. Por otro lado, en ninguna parte se afirma que el privilegio de la biblioteca se limita únicamente a copiar papel *en* papel. La copia de información electrónica se entiende perfectamente legal, cuando queda claro que el usuario va a utilizar la información para fines no comerciales.

La confección de *dossiers* electrónicos o guías de lectura es otra actividad habitual en las bibliotecas, ya sean públicas o académicas. Se pretende con ello dar a conocer los fondos, impresos o digitales, así como los recursos electrónicos seleccionados por la propia biblioteca y disponibles en Internet, que tengan relación con determinados temas de actualidad o de interés académico o de soporte a líneas de investigación. Generalmente, el uso de bases de datos está regulado a través de licencias que se formalizan con la suscripción o el contrato de servicios y, además, la mayoría de proveedores de información cobran a través de los mecanismos apropiados por cada consulta a sus bases de datos o por cada copia que se realiza.

En el caso de los *dossiers* para la docencia, suele ser el profesor de la asignatura quien prepara a principio de curso la colección de documentos a analizar y los coloca en la Intranet del Centro. En ocasiones la biblioteca se hace cargo de la infraestructura informática de soporte y de enlazar las referencias bibliográficas con el propio catálogo o facilitando el acceso al texto completo. Ahí hay que recordar a los docentes que debe solicitarse el permiso de los autores cuando se reproducen textos completos, cualquiera sea su extensión, respetando las condiciones de uso de las webs o de los editores de revistas

electrónicas, si se utilizan estos recursos. Y nunca esta por demás el insistir en la necesidad de citar correctamente el autor y la fuente originales. El respeto escrupuloso de la ley nos obliga a citar la base de datos de las que se extraen las referencias bibliográficas, cuando no pertenecen al propio centro. Cuando se utiliza material gráfico, debe comprobarse que tiene autorización de uso y en caso contrario, solicitarla, si no se tiene otra alternativa y también hay que asegurarse de contar con la correspondiente licencia, cuando se incorpora un documento electrónico ajeno al propio servidor para facilitar la consulta a los usuarios locales ¹⁸.

Los *servicios de sumarios*, (TOC) son enormemente populares entre los usuarios de las bibliotecas. Consisten en la reproducción y distribución de los índices de contenido de revistas a los miembros de una comunidad, según perfiles preestablecidos, que les mantienen regularmente informados sobre el tema que han elegido, sobre la base de los artículos que se publican en revistas del sector. Es un instrumento básico en la difusión selectiva de la información y se practica habitualmente en centros de documentación de empresas o institutos de investigación. Hasta hace poco, la reproducción se hacía mediante fotocopia de las páginas de sumario de cada uno de los fascículos que iban apareciendo y su envío por correo convencional. Este sistema ha quedado casi desechado por cuanto el servicio viene asegurado por empresas externas, generalmente agentes de suscripción que lo ofrecen como un valor añadido en los contratos de compra en soporte digital. También se suele hacer en los centros receptores, mediante escáner, cuando el título no aparece en los circuitos comerciales. En todo caso hay que negociar previamente las condiciones de uso antes de distribuirlos a través de la red.

Internet es otro ámbito sujeto a *copyright* por el que se circula a veces temerariamente. Las páginas web se consideran, por qué no, obras literarias, aunque la mayoría, hay que admitirlo, tengan poco que ver con los textos de

¹⁸ La legislación de referencia en estos casos se refleja, respectivamente, en la LPI, art. 34.2: *Utilización de bases de datos por el usuario legítimo y limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos*. «...no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida... y que haya sido divulgada... cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica, siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente». Art. 32: *Citas y reseñas*. «Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas... siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación... e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas». Esta normativa obedece a la transposición a la legislación española de la Directiva 2001/29/CE, según la cual los Estados miembros podrán establecer, en determinados supuestos, excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público de obras protegidas.

Eurípides o de Pessoa. Una sola página web puede contener docenas de derechos de autor: literarios, musicales, artísticos, industriales, etc., de manera que, en buena lógica, se precisa la autorización de cada uno de los derechohabientes para su reproducción o para los *hiperlinks* que se pretendiera establecer. En Gran Bretaña existen precedentes de reclamaciones por incluir *hiperlinks* desde una página propia a otra, en razón de que el usuario no puede ver las restricciones del propietario de la segunda e incluso, gracias a la sofisticación del medio, puede ignorar que esté visitando otra web.

Por lo que se refiere al correo electrónico, los ficheros que se suelen adjuntar y aún los propios textos, se obtienen a menudo de instituciones ajenas. En consecuencia, no deberían circular fuera del ámbito de la propia organización receptora sin autorización del emisor. Claro es que el correo electrónico puede dar otro tipo de disgustos, no sólo en materia de *copyright*, como registra la experiencia de algunos.

Pero no siempre la biblioteca circula por terreno movedizo, en materia de derechos de autor. El concepto de autoría se extiende no sólo al texto de pura creación, al documento primario en definitiva, sino también a las traducciones, refundiciones, críticas, antologías, resúmenes analítico, bibliografías y otros documentos secundarios. Así, algunos catálogos, tesauros, índices, las páginas web, etc. también son obras de autor y, por tanto, están amparadas por la ley. Por ello, su copia o difusión debería generar recursos económicos nada despreciables. Hasta época reciente, las bibliotecas han rechazado con disgusto cualquier insinuación de venalidad. También la universidades se limitan a cobrar en materia de patentes o trabajos de laboratorio altamente especializados y, como ya se ha apuntado, no han mostrado tradicionalmente aprecio alguno por los canales comerciales de distribución editorial. Los profesores tampoco tienen al parecer un excesivo interés en reclamar derechos de autor, obsesionados por el *publish or perish* académico. Sin embargo, los costos que suponen las nuevas tecnologías y el constante aumento del precio de la información hace necesario un nuevo enfoque, seguramente menos altruista, pero mucho más equitativo socialmente.

Es cierto que el derecho a informarse debe ser accesible a todo el mundo por igual, pero no es justo ni lícito que, con recursos públicos, se beneficien entes privados que después venden cara, a menudo a las mismas instituciones que la generan, la información obtenida gratuitamente de fondos documentales gestionados por la Administración.

Precisamente para seguir protegiendo el patrimonio documental común y ampliar sus prestaciones, los gestores públicos deben empezar a pensar en obtener algún beneficio de los esfuerzos de creatividad que los profesionales de las bibliotecas están invirtiendo en ellas. No se trata, claro está, de cobrar

por cada consulta al catálogo o por cada página web que se elabore. Se trata, nada menos, de que las bibliotecas empiecen a generar ingresos para contribuir al esfuerzo que la sociedad esta asumiendo para asegurar su continuidad.

Finalmente, no hay que olvidar otro aspecto normativo no menos importante y de emergente interés que afecta a las bibliotecas. Se trata de la Ley Orgánica 15/99, que protege y restringe la recopilación informatizada de datos de carácter personal y su uso o divulgación¹⁹. Las bibliotecas disponen de algunas bases de datos —por ejemplo, listas de obras prestadas— cuyo acceso por parte de terceros podría atentar contra el derecho a la intimidad de las personas. Y aparece otra práctica académica, la de las *carpetas electrónicas*, con datos relativos a los procesos de aprendizaje y a los trabajos escolares que exigen un escrupuloso respeto cara a su manipulación. Curiosamente, la Ley británica homóloga se aprobó en 1984, tal vez para tratar de conjurar el inquietante y premonitorio título de George Orwell. Pero esto, como diría su paisano Kipling, ya es otra historia.

¹⁹ La legislación española relacionada con los datos de carácter personal aparece recopilada en: *Protección de datos de carácter personal*. Madrid, BOE, 2000 (*Colección textos legales*; 99).

**PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO
INDUSTRIAL. EL DEPÓSITO DE AGUAS
DE SALAMANCA: UNA VALORACIÓN**

Inmaculada Aguilar Civera
Universidad de Valencia

Si hablamos de Patrimonio Histórico Artístico, observamos que este concepto ha ido cambiando en el devenir de los tiempos. La propia historia nos lo ha ido demostrando, así a lo largo del tiempo, se han ido destruyendo de forma definitiva muchas de las trazas de sociedades antiguas, mientras que otras han sido conservadas y restauradas con cuidado y esmero. Generalmente la decisión ha sido tomada por el hombre. Para entenderlo hay que saber su criterio patrimonial

Así mismo, el valor de ciertas ruinas y de ciertas edificaciones no ha sido descubierto hasta el término de varios siglos. Por ello, los acueductos, los templos y los anfiteatros sirvieron de cantera para las nuevas construcciones medievales; mientras que en el renacimiento estas obras fueron estudiadas, conservadas y reconocido su valor histórico artístico. A su vez, las múltiples realizaciones del gótico han sido durante siglos burladas, transformadas, derribadas, hasta la llegada del siglo XIX, que reconoció su valor y fueron restauradas y catalogadas. El eclecticismo, el modernismo, el déco, han sido también movimientos arquitectónicos que durante bastantes décadas han sido mal cualificados y en cambio hoy en día son revalorizados y la ciudad decimonónica mantiene su imagen. Este proceso suele repetirse.

Recordemos algunos de los pasos en cuanto a legislación de monumentos:

En 1903, se dicta la real Cédula de 6 de junio, por la que el Estado recomienda a la Academia de la Historia recoger y conservar los monumentos antiguos. Sin embargo hay que plantearse que se entendía por monumento y que se entendía por conservar. La transcripción del texto legal decía así. «Por monumentos antiguos se deben entender las estatuas, bustos y bajorrelieves, de cualquier materia que sean, templos, sepulcros, teatros, anfiteatros, circos, naumaquias, palestras, baños, calzadas, caminos, acueductos, lápidas, inscripciones, mosaicos, monedas de cualquier clase, camafeos, trozos de arquitectura, columnas miliarios, instrumentos músicos, como sistros, liras, crótales; sagrados como preferículos, singulos, lituos; cuchillos sacrificatorios,

segures, aspersorios, vasos, trípodes; armas de todas las especies, como arcos, flechas, glandes, carcaxas, escudos; civiles como balanzas y sus pesas, romanas, relojes solares; maquinales, armillas, collares, coronas, anillos, sellos; toda suerte de utensilios, instrumentos de artes liberales y mecánicas, y finalmente, cualesquiera cosas aún desconocidas reputadas por antiguas, ya sean púnicas, romanas, cristianas, ya godas, árabes y de la baja edad»¹.

Con esta definición de monumento podemos entrever esa dificultad en diferenciar y ordenar los distintos valores históricos, artísticos y culturales, incluso los más generales; y también podemos entender que conservar tenía en aquellos años un sentido acumulativo, de anticuario, de coleccionista, figuras muy características de los primeros años del siglo XIX.

Es importante, por lo tanto, tener un juicio claro sobre la aparición de dos conceptos modernos, el de monumento, el de historia y el de conservación. Como nos indica Navascués, al tratar el tema de la restauración arquitectónica en el siglo XIX «nuevo es el concepto de monumento como nueva es su adjetivación de histórico y artístico para justificar la restauración de aquel»². Ya Viollet comentaba en el capítulo dedicado a la restauración del Dictionnaire que «Le mot et la chose sont modernes».

Por ello, para llegar a tener claro la evolución del concepto de monumento así como de su adjetivo de histórico, deberíamos introducirnos en el proceso administrativo y legislativo del siglo XIX, así como en el devenir de la historiografía artística durante este siglo.

En estas últimas décadas se han realizado profundos cambios en torno al concepto de patrimonio. Se ha ampliado el concepto de patrimonio monumental al de patrimonio cultural y natural, es decir, del valor selectivo de una obra artística monumental al valor cultural, histórico de unas obras o lugares como referencias de un pasado aunque éste sea un pasado reciente. Este aspecto es evidente si recordamos la ley de Patrimonio de 1933 en la que en su artículo primero decía: «Están sujetos a esta ley cuantos inmuebles y objetos muebles de Interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico haya en España de antigüedad no menor de un siglo; también aquellos que sin esta antigüedad tengan un valor artístico o histórico indiscutible, exceptuando, naturalmente, las obras de autores contemporáneos; los inmuebles y muebles así definidos constituyen el Patrimonio histórico-artístico nacional». En 1985, la nueva ley de patrimonio, tal como indica en su preámbulo,

¹ Nov. Recop. Cédula Carlos IV, 1803, Leg. III. Tit. XX del Libro VIII.

² P. NAVASCUÉS y M.^a J. QUESADA: *El siglo XIX, bajo el signo del romanticismo*, Silex, Madrid, 1992, págs. 60.

amplía notablemente su extensión. Así, en su artículo primero define los objetos que forman parte del patrimonio: «Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el Patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. A su vez, se distinguen distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales».

Evidentemente la nueva Ley viene a suplir enormes deficiencias y vacíos que se encontraban en la antigua legislación sobre patrimonio. Y es también evidente la labor realizada por determinados colectivos que durante años han valorado elementos y objetos que hoy podemos definir como patrimonio etnográfico, patrimonio natural o patrimonio industrial. Estos colectivos han ido trabajando en distintos campos con el fin de estudiar, investigar, preservar, conservar y difundir un patrimonio que no tenía un soporte legislativo.

Si nos centramos en el patrimonio industrial, este movimiento nace alrededor del año 1962. Es un movimiento extendido por todo el mundo y definido a través de la Arqueología Industrial como disciplina histórica. De esta forma han surgido Instituciones y Asociaciones que tienen como objetivo la defensa de este patrimonio. En 1968 se crea el Museo de Ironbridge, primera entidad promotora en salvaguardar el patrimonio industrial inglés. En la antigua República Federal Alemana, se creó, en 1969, el Centro de Archivos Históricos del Museo Alemán de la mina de Bochum, también pionero en el proceso de recuperación del patrimonio industrial. En Bélgica se inicia con la rehabilitación del Grand Hornu y poco después, en 1971, se funda el Groupe de Travail sur Archéologie Industrielle. En Francia, su origen se encuentra en la creación del Ecomuseo de Le Creusot en el año 1973. En Italia se crea en 1976 el Centro de Documentación e Investigación de Arqueología Industrial en la ciudad de Milán. En Japón se inicia con la fundación en 1977 de la Sociedad Arqueología Industrial en Tokyo. En Austria, en 1978, se reforma la Ley sobre protección de Monumentos y considera con valor «cultural» los monumentos industriales, con lo que da comienzo su preservación. En EE.UU. la Arqueología Industrial se organiza a través de la creación en 1978 del Heritage Conservation and Recreation Service. En España, el origen de la Arqueología Industrial se sitúa al inicio de los años 80, se formaliza a través de las I.Jornadas sobre la protección y revalorización del Patrimonio Industrial celebradas en Bilbao en 1982, y allí se inicia el proceso para la creación de la Asociación Española de Arqueología Industrial y de la Obra Pública. Unos años después se crean las Asociaciones de Arqueología Industrial Catalana, Vasca y Valenciana. En 1978, se crea el TICCIIH (The International

Committee for the Conservation of the Industrial Heritage) para promover la cooperación internacional en este campo.

Por ello, hoy, a principios del siglo XXI, creo que debemos hablar de Patrimonio Industrial.

En efecto, hoy en día, el valor cultural e histórico de estos edificios está, en principio, fuera de toda duda. Su conservación como testimonio de un pasado industrial, de un momento histórico determinado, desde un punto de vista global, es decir, el de un edificio que alberga un conjunto de máquinas o un sistema de trabajo o una actividad comercial, dentro de un entorno determinado, es un tema del que se es consciente. Pero pese a ese interés creciente todavía falta una sensibilización de la opinión pública, falta un estudio científico sobre su historia, falta un programa específico para la conservación y para la rehabilitación de este patrimonio, falta una formación especializada por parte de quienes van a intervenir en este tipo de acciones.

Debido a la complejidad de esta problemática, nos encontramos en la actualidad en una situación ambigua e incoherente. donde tanto las actuaciones sobre edificios industriales como los derribos perpetrados han sido aleatorios y circunstanciales. Existe una cierta implicación de colectivos en asociaciones, en universidades, en administraciones públicas, que estudian, catalogan, inventarían y difunden este patrimonio, aunque todavía es insuficiente. Junto a ellos, la imparable presión inmobiliaria, que derriba sistemáticamente complejos industriales, o bien los reutiliza sin criterio alguno.

Creo que éste es el aspecto que más debe preocuparnos, pues a excepción de algunas actuaciones respetuosas y científicas, por lo general no se observan criterios de ningún tipo. No podemos olvidar la desaparición de grandes monumentos industriales como la Euston Station de Londres (1962), las Halles Centrales de París (1971), la estación del Central de Aragón en Valencia (1974), el mercado de Olavide (1975), el puente de Molins de Rei sobre el Llobregat (1977), la fábrica Seat y la Monky en Madrid (1991), la Real fábrica textil de Ávila (1996). Sin embargo, junto a estos derribos, hay ciertas actuaciones que empiezan a valorar este tipo de arquitectura. Quién pensaría en que volveríamos a ver, levantada y reconstruida in situ la gasolinera Porto Pi de Fernández Saw en Madrid, o las propuestas de rehabilitación de la fábrica de cervezas «El Águila» en Madrid o la restauración del Horno Alto n.º 2 de Sagunto, o el matadero de Madrid convertido en Centro Cultural. Todo ello indica que se están derribando edificios, que otros se están reconstruyendo, que otros están siendo rehabilitados, que otros muchos pueden ser declarados Bien de Interés Cultural (como la Real fábrica de cristales de la Granja), pero no hay criterios, no hay una clara política de protección,

no hay un inventario completo a nivel estatal³, no hay un estudio histórico completo sobre la arquitectura industrial en España⁴. Y estos dos últimos aspectos los considero fundamentales.

PLAN NACIONAL DE PATRIMONIO INDUSTRIAL

Hace escasamente un año se inició en el Instituto del Patrimonio Histórico Español, la realización de un Plan Nacional de Patrimonio Industrial, cuyo documento fue aprobado en junio del año pasado (2001). Durante este año se han seleccionado unos cincuenta edificios industriales en España, sobre los que se empezará actuar con planes directores y estudios previos, si es finalmente aprobado en la próxima comisión de Patrimonio (31 de mayo). Ello abre un futuro a un reconocimiento de este patrimonio, pero debe estar apoyado por un conocimiento mayor de nuestro patrimonio industrial... faltan inventarios, faltan investigaciones puntuales, etc... y aunque se hallan fijado criterios de valoración y criterios de realización de planes directores, todavía hay mucho por hacer en este campo.

Curiosamente, hay ciertos hechos que pueden recordarnos acciones que acontecieron en el siglo XIX al intentar realizar los inventarios de monumentos.

Sabemos que pese a las dificultades burocráticas, legislativas y presupuestarias con que se encontraron las Comisiones Provinciales, el verdadero problema estructural de la conservación del patrimonio en el siglo XIX, fue la

³ Un estado de la cuestión fue presentado en las I Jornadas Ibéricas del Patrimonio Industrial y la Obra Pública celebradas en Sevilla-Motril en octubre de 1990, por la Asociación de Arqueología Industrial del País Vasco, «Catálogo e inventario del Patrimonio Industrial». Las Actas fueron publicadas por la Junta de Andalucía y la Consejería de Cultura, Sevilla 1994.

⁴ Ni siquiera hay una definición clara sobre lo que podemos entender por Arquitectura Industrial. Este proyecto, que en ocasiones he abordado, ha dado por resultado un libro titulado *Arquitectura Industrial. Concepto, método y fuentes*, Valencia 1998. I. AGUILAR, «Arquitectura Industrial» *Enciclopedia Valenciana de Arqueología Industrial*, Valencia, 1995, págs. 99-104. En cuanto a la bibliografía española referente al patrimonio industrial podríamos citar los siguientes libros: J.A. SANZ y J. GINER, *L'Arquitectura de la industria a Catalunya en els segles XVIII y XIX*, Publicaciones de l'Escola Tècnica Superior d'Arquitectura del Vallès, 1984; J. CORREDOR-MATHEOS y J. M.^a MONTANER, *Arquitectura Industrial a Catalunya. Del 1732 al 1929*, Barcelona, 1984; J. GARCÍA GIL y L. PEÑALVER GÓMEZ, *Arquitectura Industrial en Sevilla*, Sevilla, 1986; M. IBÁÑEZ, A. SANTANA y M. ZABALA, *Arqueología Industrial en Bizkaia*, Bilbao, 1988; M. IBÁÑEZ, M.^a J. TORRECILLA, y M. ZABALA, *Arqueología Industrial en Gipuzkoa*, Bilbao, 1990; M. IBÁÑEZ, M.^a J. TORRECILLA y M. ZABALA, *Arqueología Industrial en Alava*, Bilbao, 1992; I. AGUILAR, *El orden industrial en la ciudad, Valencia en la segunda mitad del siglo XIX*, Valencia 1990; R. DÍAZ, F. GARCÍA, D. PERIS, R. VILLAR, *Arquitectura para la industria en Castilla-La Mancha*, Toledo, 1995; J. SOBRINO, *Arquitectura Industrial en España (1830-1990)*, Banco de Crédito Industrial, Madrid 1989 y *Arquitectura Industrial en España, 1830-1990*, ed. Cátedra, Madrid 1996.

práctica inexistencia de un mínimo inventario, no ya un catálogo razonado y documentado, de la totalidad de los monumentos de la nación. Realizar un inventario implica además un conocimiento no sólo de lo objetos existentes sino también, de su clasificación y valoración. La historia de cómo y cuando se fueron llevando a cabo estos inventarios son también indicativos de la madurez historiográfica del siglo.

Con la Desamortización, la Administración se interesó en primer lugar por los inventarios de los bienes muebles que en principio parecían más en peligro de destrucción o desaparición por ventas fraudulentas o exportaciones ilegales. En cuanto a los bienes inmuebles, hubieron numerosas disposiciones para que se remitiesen inventarios de edificios desamortizados. Sin embargo, la respuesta fue muy poco positiva, a lo sumo se lograron inventarios parciales y con unos criterios que transparentaban una enorme ignorancia sobre la valoración y análisis crítico de estos edificios. ¿Cuales eran los principios acerca del «buen gusto en arquitectura» para considerar determinante la inclusión o no de un monumento en la catalogación? ¿los principios de regularidad, de sencillez y de simetría propios del sistema greco-romano o los principios metafísicos, místicos y trascendentes de la nueva escuela romántica? ¿Qué nivel cultural o artístico tenían los componentes de estas Comisiones de Monumentos? ¿Qué base historiográfica se tenía en ésta primera mitad del siglo? Según los informes de algunas Comisiones, en sus provincias no había ningún edificio digno de ser considerado monumento artístico. Se da el caso por ejemplo de que en la provincia de Zamora con 503 poblaciones no existía «ningún monumento que mereciese ser conservado»⁵.

No puedo decir que nos hayamos encontrado en una misma situación, pero efectivamente no hay un inventario general, solo algunos parciales según comunidades, realizados con distintos criterios. Uno de los objetivos del Plan será realizar este inventario en los próximos años. Curiosamente hasta el momento se han seleccionado unos 50 edificios, que serán declarados BIC, entre la propuesta de 5 a 10 edificios seleccionados por las distintas comunidades. Pero, pese a las reiteradas cartas y solicitudes, algunas comunidades no han contestado, e incluso en un caso no le ha interesado el plan o a lo mejor ¿es que no tienen patrimonio industrial? Pienso también, que como en el siglo XIX es posible que se pregunten ¿Qué principios, que criterios debemos tener para valorar y seleccionar esta arquitectura? ¿Cómo se aplican estos criterios? El problema de nuevo es de conocimiento. ¿Con que base historiográfica contamos? ¿Qué es arquitectura industrial, arquitectura para la industria, la llamada arquitectura del hierro, arquitectura del ingenie-

⁵ Op. Cit. págs. 15-16.

ro, ingeniería de la arquitectura, obra pública? ¿Qué características más relevante tiene?, etc.

Por ello creo que sería interesante reflexionar sobre algunas preguntas que pueden plantearse.

¿Qué es arquitectura industrial? ¿Qué características tiene esta arquitectura que debemos valorar?

En mi último libro⁶ intente definir esta arquitectura basándome en una serie de características básicas, características que son consecuencia de los nuevos conceptos científicos e ideológicos producidos por la revolución industrial. Podríamos así decir que la ARQUITECTURA INDUSTRIAL es aquella que tiene una finalidad productiva, industrial, viva expresión del comercio y que tiene su fundamento en unas necesidades socio-económicas. Esta definición engloba a todos aquellos edificios construidos o adaptados a la producción industrial cualquiera que sea su rama de producción. A su vez, reúne también la de aquellos edificios que son concebidos con unos modelos de pensamiento y praxis derivados de los paradigmas de la era mecánica que, lógicamente, vinieron íntimamente relacionados con la aparición en el mercado de nuevos materiales preparados por la propia industria como el hierro, el acero, el hormigón armado, etc. y con la aparición de nuevas tipologías arquitectónicas que surgieron como resultado de las nuevas necesidades de la sociedad industrial (mercados, mataderos, grandes comercios). Lo mismo podemos decir de los puentes, canales, ferrocarriles, metropolitanos, conducción de aguas potables, suministro de gas y electricidad, es decir, de todo aquello que podemos definir como equipamiento técnico puesto al servicio de las colectividades y por lo tanto también la llamada Obra Pública. De igual forma, los inmuebles de habitación, obrera fundamentalmente, su estudio sociológico y urbanístico es indisoluble del fenómeno de la industria y por lo tanto de la Arquitectura industrial.

Lógicamente, esta definición amplía enormemente el sentido hasta hoy de la arquitectura industrial. Pero si pensamos tanto en una industria, como en un puente, una estación, una habitación obrera, un comercio, un mercado, un metropolitano, todas ellas vemos que se rigen a través de tres nuevos factores de la era mecánica, factores que surgen de la ciencia, de la industria, y del mercado.

- Por ello primero debemos hablar de la influencia de la ciencia y en concreto de los paradigmas propuestos un siglo antes por la mecánica

⁶ I. AGUILAR, *Arquitectura Industrial. Concepto, método y fuentes*, Valencia, Diputación de Valencia, 1998.

clásica de Newton. Llamaremos a tales paradigmas «modelo mecánico-reductivista» (según MANZINI ⁷) Estos paradigmas preveían que la complejidad de un fenómeno pudiera siempre reducirse, a la sencillez de sus elementos constitutivos, a unas relaciones causa-efecto, y que el observador tuviera claramente definido el sistema. Este pensamiento fue modelo para toda actividad que deseara llamarse racional y científica... Durante un periodo significativo, ciencia, técnica e industria pensaban y actuaban en base a los mismos paradigmas. Es decir estamos hablando de **funcionalidad, de racionalidad, de sinceridad y transparencia en la arquitectura.**

- En segundo lugar, será la propia revolución industrial la que provocará unos nuevos conceptos vitales e ideológicos ⁸, como son la economía, la intercambiabilidad, la compatibilidad, la estandarización, la facilidad de servicio, la precisión en el tiempo. Conceptos que ya venían asumidos por la máquina. Máquina que no es solo un dispositivo concreto o un ingenio, sino una máquina social, una organización racional de la producción. A través de esta influencia podemos valorar la **arquitectura prefabricada, la arquitectura de ensamblaje y la arquitectura estándar.**
- En tercer lugar, el mercado. Uno de los cambios más importantes de la revolución industrial es también una cuestión de cantidad frente a una posible calidad artesanal. La producción masiva de cualquier objeto, material, máquina, artefacto es la finalidad de cualquier empresa productiva. Producción que debe entrar en un mercado para completar su ciclo. El mercado es, por lo tanto, un factor decisivo para conseguir unos claros beneficios en la empresa. El mercado a su vez será cada vez más competitivo. La empresa deberá comprometerse con un comercio, donde la identidad, el control de calidad, la previsión anticipada de una acción serán aspectos relevantes. Nace el catálogo comercial y con él la **arquitectura sobre catálogo;** nace el extenso campo de la **arquitectura de empresa,** tan relevante en el siglo xx.

A través de estos tres factores del nuevo pensamiento de la era mecánica podemos observar las características básicas de la arquitectura industrial y, a su vez, valorar científicamente su carácter industrial y su valor patrimonial.

⁷ E. MANZINI, *Artefactos. Hacia una nueva ecología del ambiente artificial*, Madrid, Celeste ed. y Experimenta ed. 1991.

⁸ Autores como GIEDIÓN («La mecanización toma el mando»), MUNFORD («Arte y Técnica»), FRANCASTEL («Arte y Técnica en los siglos XIX y XX»), Marc le Bot («Pintura y maquinismo»), CASTELNUOVO («Ate, industria y revolución») nos plantean las consecuencias de la revolución industrial en la sociedad del periodo.

¿Qué principios, que criterios debemos tener para valorar y seleccionar esta arquitectura? ¿Cómo se aplican estos criterios?

En el Plan de Patrimonio Industrial se consideran tres tipos de criterios:

- A. • Valor Testimonial
 - Singularidad y/o representatividad tipológica
 - Autenticidad
 - Integridad
- B. • Histórico-social
 - Tecnológico
 - Artístico-arquitectónico
 - Territorial
- C. • Posibilidad de restauración integral
 - Estado de conservación
 - Plan de viabilidad y rentabilidad social
 - Situación jurídica

Para matizar y valorar estos criterios creo que sería interesante recordar que significado puede tener para la sociedad el Monumento, el bien cultural, conservado y rehabilitado. Y para ello quisiera aproximarme con unas frases de Françoise CHOAY de su texto titulado «Alegoría del patrimonio»:

«El sentido original del término corresponde al latín *monumentum*, derivado a su vez de *monere* (advertir, recordar), y está directamente relacionado con la memoria. La naturaleza afectiva de su destino es esencial: no se trata de dejar constancia, de transmitir una información neutra, sino de suscitar, a través de la emoción, un recuerdo vivo. En este primer sentido, se denominará monumento a todo artefacto edificado por una comunidad para recordarse a sí misma o hacer que otras generaciones recuerden a personas, acontecimientos, sacrificios o creencias.

Así la especificidad del monumento se refiere precisamente a su modo de actuar sobre la memoria. No solamente la trabaja y la moviliza por medio de la afectividad —de forma que evoca el pasado haciéndolo vibrar a la manera del presente—. Sino que este pasado invocado y convocado, en cierto modo conjurado, no es uno cualquiera: está localizado y seleccionado con fines vitales, en la medida que puede contribuir directamente a mantener y preservar la identidad de una comunidad (...)

Su relación con el tiempo vivido y con la memoria —es decir, su función filosófica— constituye la esencia del monumento. El resto es contingente y, por tanto, diverso y variable.»⁹

Esta definición de Monumento como Memoria histórica es muy evidente cuando hablamos de Patrimonio Industrial.

Por ello si recogemos aquí los objetivos de la Arqueología Industrial, según uno de sus pioneros y clásicos, K. HUDSON, observaremos estas mismas intenciones. Para HUDSON el objetivo de la Arqueología Industrial será «un mayor y mejor conocimiento de nuestro pasado industrial a diferentes niveles:

1. Saber lo máximo posible acerca de las condiciones de trabajo y de la actitud mantenida por obreros y empresarios en este trabajo.
2. Saber todo aquello que obreros, empresarios, propietarios, técnicos, etc., han variado o innovado en los procesos y métodos de trabajo y con que finalidad.
3. Saber cómo, de qué forma, se realizaba efectivamente este trabajo, que técnicas se utilizaban y con qué tecnología.
4. Conocer (reconstruir) el contexto físico en que se realizaba el trabajo y las condiciones en las que obreros y empresarios, con sus familias, vivían y se comunicaban.
5. Finalmente, intentar llegar a su mentalidad, a la forma de estar en el mundo, yo diría, que es fruto de los anteriores elementos. Es decir, la Arqueología Industrial, a través de la reconstrucción de actividades materiales, ha de servir también para iluminar los aspectos no materiales del trabajo en el pasado del hombre»¹⁰.

Se hace evidente que para poner en revalorización una fábrica o elemento industrial, no se puede olvidar aquellos elementos relacionados con su propia producción, métodos y procesos, técnicas y tecnologías, espacios de trabajo, condiciones, mentalidades. A su vez, no se pueden olvidar todos aquellos otros elementos a través de los cuales se completa el ciclo productivo, su distribución y venta, como sus vías de comunicación, carreteras, ferro-

⁹ Françoise CHOAY: «Alegoría del patrimonio. Monumento y monumento histórico» *Arquitectura Viva* 33, nov.-dic. 1993 págs. 17.

¹⁰ Citado por R. ARACIL en «La investigación en Arqueología Industrial» *I Jornadas sobre la Protección y Revalorización del Patrimonio Industrial*, Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, Bilbao, 1984, págs. 23.

carriles, canales, mercados, almacenes, etc. La existencia de cada uno de ellos es difícil de comprender sin conocer los otros. Esta visión global del territorio es la que hace comprender esa relación entre las distintas industrias y la propia población o la propia comunidad con la cual se identifica.

Desde este enfoque global e integral del Patrimonio industrial se pueden entender mejor algunos de los criterios expuestos en este documento, como el valor testimonial para una comunidad, su autenticidad e integridad en el conjunto de los elementos que lo integran, eliminando esa visión superficial de la arquitectura como contenedor a favor de una visión de contenidos y entorno; de una arquitectura como respuesta a unos factores científicos, económicos, de sistemas y de organización de la producción. Única forma de aproximarnos más a esa memoria histórica del lugar.

Para finalizar quisiera hacer referencia a un caso práctico. Un elemento industrial del que se me pidió un informe para su declaración como BIC.

EL DEPÓSITO DE AGUAS DEL PASEO DEL ROLLO DE SALAMANCA

INFORME Y VALORACIÓN PARA SU POSIBLE DECLARACIÓN COMO BIEN DE INTERÉS CULTURAL

Este informe me fue pedido por la Academia de Bellas Artes de San Fernando en Madrid el 19 de febrero, y fue entregado días antes del inicio del derribo y de la muerte lenta del Depósito de aguas. Y aunque poco se pueda ya realizar, si me gustaría hacer constancia de mi opinión sobre este bien patrimonial perdido. Ejemplo de la situación que estoy planteando, del riesgo de estos edificios frente a la presión urbanística y de la falta de criterios ante estas demoliciones.

El Depósito de aguas del paseo del Rollo de Salamanca, construido en 1914, era uno de los pocos ejemplos que nos quedaban del origen de la construcción en hormigón armado en España. Era pionero en el uso de este material en Salamanca. Su estructura ingenieril y su carácter funcional reflejaba el típico pensamiento racional y científico que perdura en todo el periodo contemporáneo. Era un testimonio singular del avance y progreso de los equipamientos técnicos colectivos de una ciudad. Y a su vez, simbolizaba la memoria histórica del lugar. Todos estos factores constituían, en aquel momento, criterios suficientes para declarar el Depósito de Aguas de Salamanca «Bien de Interés Cultural».

Es evidente, que el Depósito de Aguas de Salamanca tenía una máxima puntuación y valoración al contemplar el primer grupo de factores: valor testimonial, singularidad y representatividad tipológica, autenticidad e integridad. En este sentido era importante dar a conocer el Depósito de Aguas como uno de los pocos testimonios del inicio de la construcción en hormigón armado en España, y pionero y único en Salamanca.

Este nuevo material¹¹, que proporciona una estructura homogénea y monolítica se introdujo en España hacia 1893 con las primeras aplicaciones del sistema Monier, del ingeniero militar Maciá y del arquitecto Claudio Durán, en depósitos y tuberías; seguido por las primeras experiencias de Eugenio Ribera, desde 1897, en puentes y forjados para pisos. Otros iniciadores fueron los ingenieros Unciti, Rebollo, Zafra, Benítez y Gallego. Y entre los arquitectos debemos nombrar a Jalvo.

Para Salamanca, el Depósito de Aguas era el primer ejemplo de construcción en hormigón armado. Parece ser que, dos años después, en 1916, el arquitecto Santiago Madrigal y el ingeniero Lozano, lo utilizan en la reforma de un local comercial pero ya no se conoce ninguna otra obra de hormigón armado hasta la construcción de un silo en 1928, ya desaparecido. A partir de los años treinta se utilizó en ocasiones para la estructura de algunos edificios, sin generalizarse este sistema hasta años posteriores.

Hay que remarcar el hecho de que una de las primeras aplicaciones del hormigón armado, tanto en España como en Europa (obras de Monier, de Maciá), fueran justamente los depósitos y tuberías. Ya E. Ribera al presentarnos su texto sobre «Construcciones de Hormigón Armado» de 1910, publicado como apéndice en el «Tratado de Construcción General» de J.A. Rebollo, en su capítulo II sobre «Aplicaciones del hormigón armado» nos indica que una de las primeras aplicaciones de este material se encuentra en

¹¹ En 1910, Eugenio RIBERA nos relata una breve reseña histórica de este material en un Apéndice titulado «Construcciones de Hormigón Armado» del libro de D. José A. REBOLLEDO *Tratado de construcción general*, «En la Exposición de 1855 en París, figuraba un barco construido con un enrejado metálico envuelto en cemento, y en 1861, Coignet tuvo ya la intuición de las múltiples aplicaciones que pudiera tener la combinación de estos dos elementos. Poco tiempo después, M. Monier hizo numerosas aplicaciones en depósitos y tuberías y sus patentes explotadas en Alemania y Austria sirvieron de base a un gran número de obras, empleándose hoy día este sistema en todos los países. En Inglaterra y América, varios ingenieros, Hyatt, Ransome, etc., encontraban en el hormigón armado un medio práctico para asegurar la incombustibilidad de las casas, que tanto preocupaba allí. Mientras tanto en Francia, Coignet, Bonna, Cottancin y muy principalmente Hennebique generalizaban las aplicaciones del nuevo material que desde el año 1895, sobre todo, adquirió un desarrollo extraordinario en Europa entera» págs. 2-3.

los depósitos. De hecho la aplicación más temprana del uso de este material en España es el Depósito de Puigvert (Lerida) realizado en 1893 por el ingeniero F. Maciá con una capacidad de 1.000 metros cúbicos. También el arquitecto Claudio Durán, realizó varios depósitos siguiendo el sistema patentado por Monier, a partir de 1900. En concreto el texto de E. Ribera se ilustra entre otras imágenes con dos ejemplos de depósitos: la cubierta del Depósito de Gijón (1904) y el Depósito de San Esteban de Pravia, para el Ferrocarril Vasco-Asturiano.

Era evidente, por lo tanto, el valor testimonial y la singularidad del Depósito de aguas de Salamanca, al ser una de las primeras obras de hormigón armado y pionera en la ciudad de Salamanca. A su vez, era ejemplo de una de las primeras aplicaciones de este material a estructuras singulares y exentas, como se ha podido comprobar. No debemos tampoco obviar la importancia de sus dimensiones, uno de los más grandes construidos hasta el momento en aquellos años y que le incrementaba ese valor de singularidad.

REPRESENTATIVIDAD TIPOLOGICA

En cuanto a su tipología, la memoria del proyecto redactado en 1912 por la Sociedad Franco-Española de Aguas y Saneamientos de San Sebastián explicaba, ya, algunas de las características técnicas del Depósito: «Los depósitos que se proyectaban en los altos de Pizarrales, se construirán inmediatos a los actuales de San Mamés. Serán dos, de capacidad cada uno de 2.000 metros cúbicos. Se construirán de cemento armado y tendrán 25 metros de elevación, para que el agua llegue con presión necesaria a los edificios de la capital. Se construirán entre los depósitos y la toma cámaras filtrantes a base de arena, para que el agua llegue a ellos completamente limpia, y estas condiciones vaya al consumo. Estas cámaras filtraran toda el agua que se eleve».

Dos años después, en 1914, la empresa no construía dos depósitos sino uno solo pero con doble capacidad y por ello de mayor envergadura constructiva.

Se trataba de una estructura de hormigón armado visto que fue proyectada para contener una capacidad de 4.020 metros cúbicos de agua. La estructura estaba formada por un vaso en la parte superior de 27'50 m. de diámetro interior y 7 m. de altura, dividido en 2 compartimentos por un muro con contrafuertes en su diámetro, lugar donde suelen encontrarse los aparatos para el cierre y apertura de los conductos de llegada, partida, carga y rebosadero; ambos vasos semicirculares funcionaban de forma autónoma e independiente, como

era habitual en estos depósitos de grandes dimensiones, con la finalidad de evitar las interrupciones del servicio en caso de reparaciones. Según el proyecto, el gran vaso estaba sostenido por 20 columnas macizas formando dos circunferencias concéntricas (8 la interior y 12 la exterior) de unos 0'80 m. de diámetro; sin embargo en la obra final se redujo el número de columnas. El acceso a la parte superior se realizaba a través de una escalera de caracol situada en el interior de una columna hueca central. La altura total era de unos 30 m.

Tipológicamente hablando, los depósitos de aguas elevados están constituidos por dos elementos básicos: el vaso contenedor de agua y la torre que lo soporta. El tipo habitual realizado en hormigón armado nos viene definido de nuevo en el texto de E. Ribera:

«También resultan de general aplicación los depósitos de hormigón armado, ya sean elevados ya a flor de tierra. En los primeros se construye una torre con pilares y riostras y a la altura conveniente se dispone el vaso o recipiente que ha de contener las aguas. Conviene en estos casos que el vaso sea cilíndrico, y los pilares se distribuyan según su base»¹².

Esté tipo de depósito de aguas, circular y elevado tiene un origen más antiguo y siempre referido al abastecimiento de aguas de las ciudades. Por ello fueron bastante utilizados, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando se realizaron los grandes proyectos de «Traídas de Aguas» en las ciudades españolas¹³. Pero el empleo de hormigón armado definió más severamente el tipo, pues los vasos podían ser soportados por delgados pilares, dejando totalmente al aire el recipiente. En ese sentido podemos definirlo, tal como se hace en algunos sectores de la arquitectura industrial, como un inmueble-máquina¹⁴, al igual que los hornos Hoffmann, los altos hornos, los silos u otros elementos industriales.

AUTENTICIDAD, INTEGRIDAD

El depósito de Aguas del Paseo del Rollo de Salamanca ha mantenido sus funciones completas hasta la actualidad. Siendo éste el mejor síntoma y testimonio de su autenticidad. No se le conoce ninguna ampliación o modificación importante, ni ningún uso diferente.

¹² E. RIBERA, «Construcciones de Hormigón armado», Op. Cit. pág. 14.

¹³ P. CLAIRAC Y SAENZ, *Diccionario General de Arquitectura e ingeniería*, Madrid, 1879, Tomo II, pág.450-455.

¹⁴ I. AGUILAR, *Arquitectura Industrial. Concepto, método y fuentes*, Valencia, Diputación de Valencia, 1998.



Construido por la casa Gili de Bilbao entre 1914-15, para el abastecimiento de la ciudad, proyecto que llevaba a cabo la Sociedad Franco-Española de San Sebastián y después la Sociedad Española de Aguas y Abastecimientos, el depósito no sólo había estado en funcionamiento hasta la actualidad sino que hasta 1938, el depósito del Rollo, suministraba de forma exclusiva el agua a la población. Posteriormente han surgido otros depósitos en las nuevas áreas de la ciudad según las necesidades del momento.

El Depósito del Rollo fue el primero de un nuevo sistema de abastecimiento de aguas a la población, sustituyendo a los antiguos aljibes (depósitos subterráneos) construidos a finales del siglo XIX.

VALOR HISTÓRICO-SOCIAL

A un nivel histórico, podemos claramente relacionarlo con la historia de la ciudad contemporánea.

El planteamiento y la realización de la conducción de las aguas potables a la ciudad, es posiblemente uno de los avances más progresistas del siglo XIX. Es, de nuevo, el reflejo de los cambios que se producen en las ciudades de la segunda mitad del siglo XIX. La creciente emigración a la ciudad, el incremento de la población, las nuevas medidas higienistas, el ensanche de las ciudades, provocan unas nuevas necesidades en los ciudadanos. Es, a su vez, un claro ejemplo del protagonismo de las administraciones públicas en el ámbito urbano y territorial.



Todas las ciudades españolas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, desarrollaron su sistema de abastecimiento de aguas potables a través de la conducción de las aguas hasta la ciudad y su distribución interna.

Salamanca, con un río Tormes de poco caudal, no pudo abastecer a la ciudad, por ello, desde el siglo XVIII la ciudad se abastecía de varios manantiales situados en el Alto de Villasendín y en la Glorieta. Desde allí y por medio de tuberías y canalizaciones se transportaba el agua a unos depósitos situados en el Paseo de Carmelitas.

Hasta finales del siglo XIX, se mantuvo este sistema tradicional, aunque se fue ampliando con los años la red de su distribución, con el fin de suministrar a otros sectores de la población, llegando los distintos ramales hasta las siguientes fuentes públicas: Fuente del Campo de San Francisco, Fuente del convento de las Carmelitas, Caño de Mamerón, Fuente de Santo Tomás y Fuente de la Plazuela de la Verdura.

En los primeros años del siglo XX, se realizan varios proyectos para mejorar la potabilidad de las aguas (proyecto de Eduardo Milla, proyecto de Mariano Bélmas, proyecto de Santiago Madrigal). Finalmente en 1908 se aprueba el estudio de «Traída de Aguas» de Santiago Madrigal y aunque no llegó nunca a ejecutarse sirvió de base para la contratación definitiva en 1912 y su definición técnica (filtración, purificación, máquinas elevadoras). Ya en este proyecto se proponía la construcción de un Depósito elevado en el paraje de los Pizarrales.

Finalmente el proyecto global de obras de saneamiento (red de alcantarillado y abastecimiento de aguas), se adjudica, en 1912, a la Sociedad Franco-Espa-



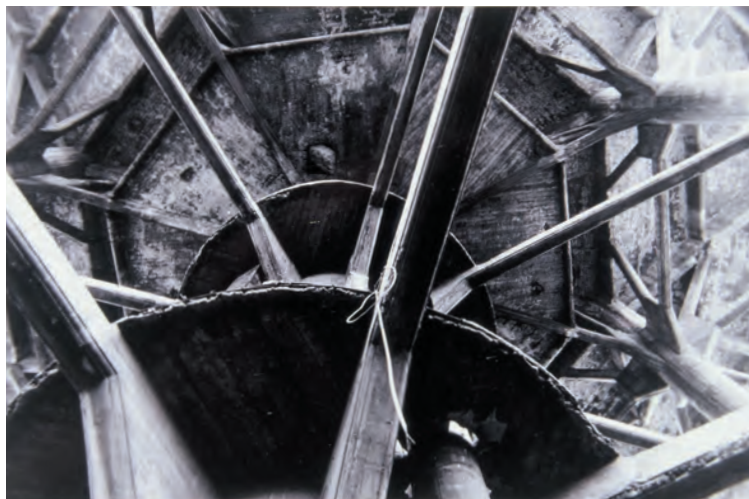
ñola de Aguas y Saneamientos de San Sebastián, y en 1915 pasará a la Sociedad Española de Aguas y Abastecimientos, los cuales finalizaran las obras.

Una de las primeras obras realizadas fue el Depósito de Aguas en el Paseo del Rollo, próximo a los aljibes decimonónicos, siendo encargado, en 1914, a la casa Gili de Bilbao, y realizado por un ingeniero, todavía desconocido. En 1915 ya estaba construido. Una máquina de vapor de 120 caballos elevaba el agua. Posteriormente se emplearan motores eléctricos.

En 1938, el ingeniero José Paz Moroto realiza unos nuevos proyectos de saneamiento integral. Es entonces cuando se construye un nuevo depósito, el de La Chichibarra y en años posteriores irán surgiendo nuevos depósitos para cubrir y abastecer los nuevos sectores de la ciudad.

En 1996, un nuevo proyecto de la ciudad intenta mejorar las instalaciones de saneamiento proyectándose un nuevo equipamiento de captación y conducción del abastecimiento del agua desde el azud de Villagonzalo e impulsar el agua hasta el depósito de La Chichibarra, lo cual nos indica que el Depósito de Aguas quedaría en ese momento sin uso. Es, en este momento, cuando surgen las primeras propuestas del derribo.

El Depósito de Aguas del Rollo, es por lo tanto parte integrante de la historia del abastecimiento del agua de Salamanca, historia que se inicia en



1872, es un testimonio singular del avance y progreso de los equipamientos técnicos colectivos de una ciudad, y es, a su vez, un elemento esencial de la historia y estructura socio-sanitaria de los ciudadanos salmantinos.

VALOR TECNOLÓGICO Y VALOR ARTÍSTICO

De nuevo, para hablar de valores artísticos y tecnológicos, evidentemente los parámetros por los que debemos guiarnos no son los habituales que se usan para un monumento artístico de épocas anteriores (gótico, renacentista, barroco). Estamos hablando de los inicios del siglo XX y de los albores de la arquitectura contemporánea. También nos encontramos en plena era mecánica, que confiere a la ingeniería y a la arquitectura unas nuevas características propias producidas por la influencia de la industrialización.

El Depósito de Aguas del Rollo de Salamanca era una estructura ingenieril, racional y funcional, donde se han eliminado todo aquello que pudiera ser superficial y ornamental. La pieza se puede leer en todos sus componentes, en una relación causa-efecto, tal como nos indica la mecánica clásica de Newton y como consecuencia, el típico pensamiento racional y científico que perdura en todo el periodo contemporáneo. Ya hemos comentado que esta arquitectura es concebida como mecánico-reductivista. En ella el mecanismo de sus órganos de funcionamiento, de su distribución, es transparente, se puede leer el proceso ya que en todo momento su complejidad puede reducirse a

la sencillez de sus elementos constitutivos. En ella, el material se muestra sincero en su estricta calidad con sus propias características. En ella, se determina la forma sincera y el volumen correcto que a su vez daría como resultado una arquitectura «justa y bella».

El hormigón armado como nuevo material de nuestra época, nos proporcionará desde su origen, a principios del siglo xx un nuevo carácter estilístico basado en la verosimilitud, la regularidad, las formas puras y básicas, las geométricas y abstractas, la aplicación de una arquitectura científica, su lógica y magnífica construcción, la expresión exacta de la forma, libre de todo efecto casual, la claridad de contraste, la articulación ordenada en la disposición de cada elemento.

Pensemos que estas características fueron las que llamaron la atención de Gropius, de Le Corbusier, de Mendelshon, de Bruno Taut, de Curt Behrendt, las cuales fueron plasmadas en sus textos programáticos sobre arquitectura moderna y que llegarían a ser los modelos que los arquitectos europeos anhelaban para su futuro arquitectónico ¹⁵.

Gropius, en 1913, al tratar los elevadores de grano americanos nos dice: «su individualidad es tan inconfundible que el significado de la estructura resulta evidente para el observador». Que próximo se encuentra este pensamiento de los paradigmas propuestos por Newton unos siglos antes

«No en busca de una idea arquitectónica, sino guiados simplemente por las necesidades de una demanda imperiosa, la tendencia de los ingenieros actuales se dirige hacia las líneas generadoras y reveladoras de los volúmenes; ellos nos muestran el camino y crean los hechos plásticos, claros y límpidos, que dan solaz a nuestros ojos y proporcionan el placer de las formas geométricas a nuestra mente. Así son las fábricas, los alentadores primeros frutos de la nueva era. Los ingenieros actuales están en concordancia con los principios que Bramante y Rafael aplicaron hace mucho tiempo». Le Corbusier, 1920.

«Los prototipos industriales se convirtieron en modelos literales para la arquitectura moderna, mientras que los patrones arquitectónicos históricos eran solo analogías seleccionadas por algunas de sus características. Por decirlo de otro modo, las construcciones industriales suponían un estilo correcto, los edificios históricos, no». Le Corbusier, 1923.

El depósito de Aguas de Salamanca como arquitectura ingenieril construida a principios del siglo xx respondía totalmente a los criterios de cons-

¹⁵ R. BANHAM, *La Atlantida de Hormigón*, Madrid, Nerea, 1989, págs. 171 y ss.

trucción y características no sólo de la arquitectura industrial (funcionalidad, racionalidad, transparencia, etc.) sino también de la nueva arquitectura de hormigón armado (regularidad, formas puras y básicas, geométricas, científica, lógica, con la expresión exacta de la forma, etc.). A su vez, las dimensiones del depósito y la envergadura del proyecto en aquellos años, le incrementaban su valor tecnológico.

VALOR TERRITORIAL Y/O PAISAJE INDUSTRIAL

Hablando de territorio o paisaje, cuando Santiago Madrigal, en 1908, realiza el estudio de «Traída de Aguas» y se plantea la construcción de un gran depósito, propone su ubicación en el alejado paraje de los Pizarrales, espacio periférico de la ciudad no urbanizado y que era la cota más elevada de la ciudad, aspecto de gran relevancia para conseguir una alta presión en la distribución del agua por la ciudad.

En 1912, fecha en la que quedan aprobadas las bases y los postulados generales de la Sociedad Franco-Española de Aguas y Abastecimientos de San Sebastián, para la realización de las obras de saneamiento, la Memoria correspondiente incidía en este mismo emplazamiento

Finalmente en 1914 se construye el depósito en el lugar propuesto próximo a los aljibes realizados en 1872. Ambos sistemas han convivido más de un centenar de años. Por esta razón los Altos de Pizarrales (Campoamor) ha sido un lugar con una clara identidad. Identidad que ante todo quedaba simbolizada por el gran Depósito de Aguas

Lógicamente la ciudad a lo largo de todo el siglo xx ha ido creciendo y ampliando su trama urbana. Esta trama, hasta el momento había respetado el gran solar donde estaba ubicado el depósito. Hoy la zona se encuentra en un proceso de transformación urbana motivados fundamentalmente por proyectos en parte culturales, en parte de planeamiento. En 1996 se realizan las primeras propuestas de derribo del Depósito, ya que éste quedaba obsoleto al ser sustituido por un nuevo equipamiento de captación y conducción del abastecimiento del agua.

Nace el proyecto del Museo del Comercio en los antiguos aljibes, se proyectan zonas ajardinadas y un parque con espacios culturales. Es evidente que pocas razones o criterios avalan el derribo del depósito, arquitectura ingenieril que identifica, más que ninguna otra, la memoria del lugar. Ello supone mantener sólo en parte la memoria del lugar y sólo parte de la memoria histórica de la «Traída de Aguas» de Salamanca. El Depósito del Rollo

hubiera completado una visión más global de una de las facetas históricas de nuestra ciudad contemporánea. Las posibilidades de rehabilitación para otros usos eran enormes, como puede observarse en múltiples actuaciones ya realizadas, tanto en España como en el extranjero ¹⁶ o en las propias propuestas que la Asociación «Ciudadanos para la defensa del Patrimonio» han ido presentando durante estos últimos meses.

¹⁶ Depósito de Santa Engracia (Madrid); Depósito de petróleo (Tenerife); Depósito de Aguas (Vitoria); Depósito y aljibes, Univ. Pompeu Fabra (Barcelona); Depósito de Llanes (Asturias); Depósito del Sol (Albacete); Depósitos de Goole (Inglaterra); Depósito de Aguas (Toulouse); Depósito de Aguas (Bruselas); Depósito de Aguas (Luçon); Depósito de Manistique (Michigan); Depósito de St. Mary's (Ontario), etc.

RESTAURACIÓN Y CONSERVACIÓN EN ARQUITECTURA

Giuseppe Cristinelli
Universidad de Venecia

El experto en historia del arte Salvatore SETTIS expresa, en una reciente publicación suya de alto significado civil y social, si bien de carácter divulgativo, su profunda adversión por una desafortunada ley italiana que establece que el Patrimonio del Estado y de los Organismos Públicos puede enajenarse a los particulares.

Aunque la obra no contiene, precisamente por su carácter divulgativo, tesis o fundamentos teóricos, se ponen en contraposición el concepto de *patrimonio* y la expresión *patrimonio cultural*; la diferencia, según el estudioso, consiste en el hecho de que el primer término pertenece exclusivamente a la propiedad, en cuanto tal, que permite hacer de él lo que se quiera (demolición, destrucción, venta en otros países, etc.), mientras que en el segundo término conviven dos componentes *patrimoniales* distintos: uno se refiere a la propiedad jurídica (y al valor monetario) del bien en cuestión, que puede ser privada o pública; el otro a los «valores históricos, artísticos y culturales», que son siempre y en todo caso de dominio público. Partiendo de este presupuesto, SETTIS llega a la obligada conclusión de que el patrimonio cultural no es un bien «de libre albedrío» sino algo que, refiriéndose a valores colectivos, hace posible «el interés público», es decir, el Estado. De ello derivan la inalienabilidad del patrimonio cultural, precisamente como «pacto de ciudadanía», y la acción de tutela, gestión y valorización del mismo, que llegan a ser inseparables entre sí.

Me parece que, a estas consideraciones, bien poco se puede añadir salvo una consideración en respuesta a una eventual objeción de los defensores de la mencionada famosa ley. Éstos podrían decir, efectivamente, que el paso de una propiedad pública a una propiedad privada nada quita al valor artístico o formal de la obra de arte en sí y que la tutela podría incluso ser mayor en manos de los particulares que en manos públicas. A estas personas, les podríamos contestar, como justamente afirma Settis, que, si un museo americano vendiera un cuadro de Tiziano, nada quitaría a la historia del territorio donde el mismo se encuentra, mientras que, si lo hiciera la Academia de Bellas

Artes de Venecia, mutilaría irremediablemente la historia y la misma identidad cultural de esa ciudad.

Pero hay una reflexión, quizás más minuciosa y sutil, que podemos hacer y que se contrapone a una crítica y una ideología cultural que desde hace dos siglos aún no ha desaparecido de la cultura europea: quiero hablar de las famosas distinciones de cultura idealista entre contenido y expresión, materia y forma, en ámbito ontológico. Para razonar con un mayor sentido común refiriéndonos a la unicidad sustancial de las cosas del mundo, podemos comenzar remontándonos hasta tiempos lejanos para afirmar que cualquier cosa existente en la tierra, salvo los océanos, es propiedad de alguien, público o particular; el conjunto de las propiedades de este alguien forma el patrimonio del mismo. Ahora, puesto que no hay nada en la tierra que no traiga consigo un testimonio de su pasado (público o privado, grandilocuente o miserable, civil o bárbaro), precisamente como portadora de señales del pasado, inevitablemente, cualquier cosa de la tierra podría ser, en rigor, documento, testimonio histórico o monumento.

Durante largos períodos de tiempo, los patrimonios, incluso los que nosotros hoy llamamos culturales, han sido propiedad exclusiva de señores, aristócratas, monárquicos, o bien ladrones reconocidos o no por la ley. En los objetos de estos patrimonios, a veces se identificaba únicamente al propietario, como el sultán en la piedra más grande del museo Topkapi; en otras, se reconocía a una entera comunidad, como en las mezquitas de la misma Estambul o, en todas las otras ciudades de Europa y no sólo, en el interior y en el exterior de las iglesias, en la forma de las ciudades, en las fachadas de los edificios y en todos los otros aspectos que constituían el testimonio y la identidad de una determinada sociedad.

Debido a esta participación de enteras colectividades en el significado más profundo de lo que es el monumento, éste ya no pertenece al «príncipe» sino, en el caso del patrimonio público, a toda la ciudadanía. De hecho, el monumento estaba dedicado a toda la ciudadanía que, complacida, otorgaba su consentimiento al gobierno; era como un *precio* que el príncipe pagaba para poder gobernar a sus súbditos según sus proyectos políticos.

He aquí, pues, por qué es ilícito considerar vendible por parte de un Organismo cualquiera de un Ministerio, a través de sociedades constituidas para la venta de bienes inmuebles, un patrimonio que es de la colectividad tanto en los valores materiales pecuniarios como en los espirituales, formales y culturales.

Una consideración parecida, pero no igual, se podría hacer, y así se ha hecho, para el patrimonio cultural de propiedad privada, primero para com-

probar los orígenes legales, sociales y civiles de este patrimonio y, una vez efectuado este control, para protegerlo al máximo contra las operaciones desconsideradas que a veces el legítimo propietario podría realizar sobre dicho patrimonio con el único fin del lucro personal; es decir que, aun reconociendo el Estado la propiedad del bien particular, no puede renunciar a la acción de tutela y de salvaguardia con respecto al mismo, precisamente porque sobre este bien, aunque particular, se ha reflejado en el curso de la historia —y se refleja ahora— una serie de valores fundadores de una colectividad, sin los cuales el particular no habría podido ni siquiera hacer predisponer para su propio placer el bien cultural perteneciente al patrimonio que posee.

No es fácil para mí, que me ocupo de Restauración Arquitectónica, hablar de conservación y de restauración en esta reunión de juristas, pero, enlazando con lo que antes decía a propósito del patrimonio cultural público, trataré de profundizar, desde mi punto de vista, algunos aspectos relativos a los fundamentos de las dos actividades arriba mencionadas con el intento de hacer hincapié, en este ámbito específico, en lo que antes afirmaba en términos genéricamente socio-económicos y civiles.

Las disputas sobre diferentes métodos, concepciones o teorías de la restauración han tomado en consideración, casi siempre, la cuestión relativa a la fidelidad de la operación respecto a los caracteres específicos e individuales de la obra *antes* de la intervención. Para no alterar o *traicionar* la obra misma, es necesario, efectivamente, que ésta no pierda su autenticidad (ser si misma) *después* de haber sido restaurada.

Las traiciones, de varios tipos, demasiado a menudo efectuadas contra dicha autenticidad, han provocado, con razón, una cosecha de estudios relativos a sus caracteres esenciales y peculiares. La búsqueda de éstos últimos, sin embargo, se ha desplazado, desde el ámbito de la evidencia de los aspectos fenomenológicos del objeto hasta el ámbito, mucho más difícil, de sus determinaciones en sede gnoseológica o incluso metafísica.

La antigua contraposición entre materia y forma apareció, también, en estos estudios, planteando la cuestión relativa a la identificación de la obra en sus aspectos más peculiares, con su forma más bien que con su materia, y, de manera directamente consiguiente, si la intervención de la restauración había de afectar a una o a la otra o bien a ambas o a ninguna de las dos.

Las arquitecturas del pasado, en el caso que aquí nos interesa, corren, así, el riesgo de reducirse, si se quiere seguir rígidamente esta orientación, a abstracciones formales o a cantidades de materia.

Esta contraposición, que me parece de naturaleza idealista, no ha servido, seguramente, para eliminar los equívocos que están en la base de interven-

ciones atrevidas o incorrectas; al contrario, ha ofrecido, en algunos casos, incluso una justificación.

De manera particular, en estos últimos años, y hasta hace poco tiempo, se ha querido aplicar el significado del término *conservación* a las puras connotaciones materiales del objeto arquitectónico o de la construcción. En este sentido, una operación de conservación podría ser tanto más rigurosa, y, por tanto, correcta, cuanto mayor fuera la cantidad de materia que consiguiera dejar inalterada; y esto prescindiendo completamente de los aspectos formales o, mejor dicho, significativos, que dicha materia testimonia y hace evidentes.

El término restauración, en cambio, ha sido entendido, extenderse o aplicarse a toda clase de intervención en la obra construida, que tenga un valor cualquiera (grande o pequeña, coherente o sin sentido, motivada o gratuita, respetuosa de la autenticidad del objeto o groseramente irrespetuosa de su identidad histórica o cultural), que pueda considerarse como una alteración del estado de hecho. En esta acepción, la restauración resulta una operación muy parecida a la *reestructuración*; de hecho, una diferencia entre los dos términos es casi imposible, al no haber, en la base, una diversidad de naturaleza teórica o filosófica que la haga posible. Las posiciones, por tanto, son dos: la primera es una rigurosa conservación de la materia existente en el patrimonio construido y está motivada por una más que justa invocación a la tutela de los testimonios que nos llegan a través del tiempo; la segunda, en cambio, con demasiada frecuencia utiliza el patrimonio simplemente como fuente de ideas, invenciones o elucubraciones formales, de hecho destinadas a la destrucción de las mismas; pero estas dos posiciones bien pronto demuestran sus contradicciones y su incapacidad operativa; en realidad, agrupar bajo un idéntico significado conceptual cualquier operación de intervención en la materia —desde la más correcta y motivada restauración hasta la más atrevida reestructuración— puede producir efectos no deseados, contrapuestos y muy peligrosos. La polémica, resultado de esta contraposición, ha tenido al menos el mérito, como se decía, en un país aún no muy interesado en los problemas de la conservación del patrimonio cultural, de encauzar las atrevidas operaciones que, durante unos treinta años, han comprometido ciudades y edificios históricos en nombre de un ambiguo concepto de libertad artística, de una voluntad, a veces incluso pueril, de dejar una señal en la historia. En efecto, no precisamente muchos, más bien poquísimos, han conseguido afrontar como Carlo Scarpa un edificio como Castelvecchio y hacerlo ciertamente distinto pero, quizás para algunos, casi más hermoso que antes con una aportación, completamente personal, de inteligencia, cultura, talento y buen gusto.

Intervención sobre la forma o intervención sobre la materia; ¿o bien conservación total de la misma materia? Las dos primeras tesis son de origen claramente idealista, en el sentido de una eterna transformación de las formas la primera, en el de una incorruptibilidad de las mismas la segunda.

Las formas, es decir, signos supremos de la realidad, por su intrínseca naturaleza se revelan continuamente, cambiando en el curso de la historia a través de la intervención del hombre, o bien son tan acabadas y perfectas, desde su origen, que toda intervención en la materia, a través de la cual aquéllas se manifiestan o para las cuales actúa de soporte, no las altera mínimamente. Restauraciones osadas o reestructuraciones sin criterio estarían, así, motivadas.

Por otro lado, la hipótesis de un mantenimiento total de la materia, de su cantidad más bien que de su configuración, induce sugerencias existencialistas; sin embargo, también ella permanece anclada —parece— a una matriz idealista precisamente al radicalizar inevitablemente la contraposición entre el concepto de materia, único dato que parece cognoscible, y algo desconocido e inaccesible como el mensaje encerrado en la forma.

Materia y forma, en nuestro caso, parecen, en cambio, sólo elementos del lenguaje, abstracciones dialógicas, que se ha querido transformar en dialécticas o dianoicas, de una única realidad, inseparable, que era para los antiguos la sustancia y que para nosotros es simplemente el objeto, en su evidencia inmediata. Pero, por otro lado, no podemos pensar que hay una absoluta *identidad* del objeto antes y después de la restauración; por muy limitada que sea la intervención, inevitablemente la misma será tal que hará que el objeto, antes y después, ya no sea idéntico a sí mismo en todos sus aspectos.

No hay mantenimiento, por atento que sea, continuo y *fisiológico*, que no presuponga obras de albañilería, aunque de leve forma o configuración, o no implique un recambio general de materia: al igual que un cuerpo humano que, tras un cierto número de años, presentando ligeras alteraciones en el aspecto, renueva completamente sus células.

La conservación, por tanto, del objeto arquitectónico se realiza a través de un procedimiento que media las diferentes instancias de conservación e innovación de su materia; tal procedimiento se actúa tanto en el ámbito *fisiológico* del mantenimiento como en el *patológico*, por negligencia o trauma, de la restauración.

Así, quizás se pueda afirmar que la restauración misma, para satisfacer su instancia fundamental de conservación, de la materia y en la materia, inevitablemente va a tener repercusiones, rigurosamente controladas y limitadas,

también en el aspecto del objeto, manifestándose en el conjunto de sus características de configuración y formales.

Entonces, no es verdad que la intervención se limite únicamente a la materia, dejando inalterada e incorrupta la forma; como no es verdad, en absoluto, que se pueda intervenir de manera consecucional en la reposición de una forma, o, de modo históricamente evolutivo, en el aumento de signos de la misma.

En este sentido, puede ser de ayuda un intento, para salir de este *punto muerto*, de renunciar a la aplicación de los términos *restauración* y *conservación* a abstracciones dialécticas como materia y forma, para reconducir los mismos a la realidad del objeto, considerado en sí mismo, unitariamente, en su evidencia; es decir, que la superación de la contraposición, tal vez demasiado insistida, entre los dos conceptos (restauración y conservación) puede pasar a través de un modo de entender la conservación como referida a la integridad del objeto, en la multiplicidad de sus aspectos conocidos o aún no evidentes, y la restauración como procedimiento para conseguirla.

Conservar un objeto arquitectónico en sus características esenciales y fundamentales, y no sólo en su cantidad de materia, podrá significar, entonces, por ejemplo, algo que —como veremos— no necesariamente se contrapone al significado de *restaurar* ese objeto y que, al contrario, constituye su finalidad más conspicua e imprescindible.

Podemos, tal vez, comenzar a partir de una consideración suficientemente general como para poder constituir casi un punto de referencia cierto, o al menos ampliamente compartido, en la opinión de quien se interesa por el tema. Se puede considerar, efectivamente, que toda actitud nuestra en relación con el objeto que se quiere restaurar depende de la consciencia que nosotros tenemos del mismo, de su ser —en nuestro caso— construcción arquitectónica o, más sencillamente, urbanística. Esto significa que deben reconocerse en él las características de una construcción que forma parte de un contexto que, a su vez, se introduce en conjuntos mucho más amplios como la ciudad y el territorio. En este edificio, deberán ser analizados y conocidos los materiales, las dimensiones, la configuración, la distribución de los espacios, la forma y todos los rasgos que evidencian sus características esenciales, que lo precisan y lo identifican como objeto de arquitectura definido, por sí mismo y en su contexto.

Esta consideración sobre la necesidad del reconocimiento del objeto parece ser suficientemente general como para configurarse casi como incontrovertible; muy pocos, efectivamente, podrían considerar la aplicación de teorías o técnicas, o procedimientos metodológicos de restauración, sin haber comprendido antes qué es lo que se tiene que restaurar.

Una segunda consideración consiste en identificar la finalidad de la restauración de un objeto con la de conservarlo, de mantenerlo con nosotros y para nosotros, en su sencilla evidencia y en la complejidad de sus múltiples connotaciones que en ella descansan. Este segundo enunciado no descende del primero y no es ni siquiera demostrable claramente sobre la base de procedimientos lógicos o teóricos; puede sólo considerarse como una tesis que obtiene justificación —ampliamente compartida— en la evidencia de los hechos y de las situaciones.

Esta salida del punto muerto puede superar las dos posiciones: el objeto que llega hasta nosotros, del que no conocemos nada y que conservamos *bloqueando* su materia casi sin querer entender lo que nos representa y, por otro lado, el objeto como mensaje que el operador capta en el presente, revela y hace explícito cada vez más con su intervención. Conservación pura contrapuesta a una evolucionada acepción de la restauración, entendida como continua mutación formal.

Si la restauración es una operación sobre el objeto arquitectónico, que tiene por fin la conservación de la misma, tenemos que decir que su término de referencia no reside ni en la materia ni en la forma, sino en el objeto en cuanto tal —que podrá tener aspectos materiales y aspectos formales—, en la sustancia de su existencia arquitectónica. La readquisición en sede de método de este concepto de sustancialidad de la obra arquitectónica tal vez pueda evitar muchas polémicas que actualmente han perdido productividad.

Una de las primeras implicaciones que parece derivarse es que las fronteras disciplinarias de la restauración se podrían vislumbrar o, si es posible, definir, no tanto sobre la base autónoma de los procedimientos técnicos con los que se aplica —con un salto, una discontinuidad brusca entre tesis teóricas y aplicaciones prácticas— sino más bien en relación con los resultados de una valoración responsable que afecta a la obra en su totalidad, en su significado y en el conjunto de los elementos en los cuales ella misma se manifiesta. Esto, por tanto, nos lleva a esclarecer un equívoco fundamental, en mi opinión muy peligroso, que hace coincidir la disciplina de la restauración con el uso más o menos indiscriminado de una suma de técnicas y de tecnologías.

Al contrario, la restauración no coincide —actualmente lo afirman muchos— con la aplicación de las técnicas y el restaurador no puede ser indiferentemente un químico, un físico, un urbanista, un historiador u otro: será quien pueda servirse de las técnicas de todos estos especialistas indispensables, operando, al mismo tiempo, en su disciplina, como hace quien restaura un laúd, que debe, bien o mal, tocar el laúd, o un relojero que debe saber cómo funciona el reloj estando *dentro*, por tanto, de ese mecanismo que, en nuestro caso, es la arquitectura.

De esta manera, la consciencia del objeto arquitectónico *antes* de la intervención puede relacionarse con una prefiguración del mismo *después* de la intervención; y esta prefiguración es el *proyecto de restauración*.

Si, además, nosotros entendemos el proyecto como un «procedimiento que, mediando técnicas y tecnologías diversas, hipotiza un resultado final en la consecuencialidad de los procedimientos que le competen», se puede convenir que la actividad del proyectar, el proyecto, puede ofrecer los instrumentos necesarios que permiten la prefiguración del objeto después de la intervención, con respecto a lo que es antes de la intervención.

Así pues, nos parece que una correcta restauración difícilmente podrá realizarse sin un proyecto específico de restauración, caso por caso, arquitectura por arquitectura, edificio por edificio. Se podría también decir que la *consciencia* acompaña ciertamente todo el *camino* del procedimiento de restauración, desde el momento en que *acercamos*, para entendernos, el texto, hasta la realización de la intervención; y las motivaciones de la misma intervención deberán después relacionarse con los resultados que emerjan en el curso del *camino* de comprensión, a través de un conjunto de técnicas que adelanten, con específicas anotaciones, gráficas, plásticas o descriptivas, las implicaciones de los resultados.

Quisiera decir que el reconocimiento, la comprensión y la consciencia no son únicamente necesarios como base del proyecto de restauración, sino que son elemento integrante y constitutivo de su mismo procedimiento metódico.

Desde el momento en que se empieza a entender cómo está hecho un determinado edificio, para tratar de comprenderlo en su sustancia, se comienzan ya a establecer las bases del proyecto de restauración y las indicaciones de intervención. A medida que el conocimiento se devane, surgirán, simples y espontáneas, las indicaciones de intervención, porque será —discúlpese la metáfora casi animista— el edificio mismo que nos contará lo que quiere que se haga con él.

Si abandonamos, por un lado, las sugerencias y las tentaciones de querer dejar una señal a toda costa, trastornando, tal vez, consolidados pensamientos madurados en experiencias seculares, y, por el otro, al contrario, la desesperada pero irreal determinación de querer conservarlo todo, sin ni siquiera afirmar nuestro derecho a entender; si queremos, de verdad, evitar las *pres-taciones* como frutos improvisados, si bien de brillantes tesis teóricas, nos queda sólo la paciente consciencia que acompaña cada vez, de manera siempre renovada, todo el proceso del proyecto de restauración, dirigido a la sustancia de la arquitectura.

Si, después, no se quiere traicionar ésta última, manteniéndola auténtica, ella misma e individual, la restauración ciertamente revelará lo que ya reside

en ella: hacer legible el palimpsesto en la multiplicidad de sus estructuras superpuestas, sin quitar nada, a parte el cansancio del tiempo que cada vez más lo estropea en sus elementos materiales, o que quebranta de modo brutal, o simplemente casual, la consecuencialidad de los signos dentro de cada escrito.

Ningún proyecto general debe ser por fuerza desvelado o superpuesto a lo que existe y por esto mismo testimonia el pasado. Ya el trauma de la reapropiación no se puede pensar indoloro y los signos de la readquisición del edificio, para una utilización nuestra del mismo, nos parecerán, por modestos que sean, incluso demasiado evidentes. Pero esos signos deberán permanecer solamente como testimonio de un silencioso presente nuestro, en el cual se quiera principalmente entender las construcciones pasadas y, tal vez, revivir sus posibles utilizaciones, las relaciones de vida, ese «*intramundano*» que todavía no se ha perdido.

Encaminándome hacia la conclusión, se podría decir que el edificio que se quiere restaurar —gran monumento o simple construcción de un tejido histórico de una ciudad que se quiere conservar— es algo que supera la dicotomía materia-forma y se configura como sustancia; que materia, forma, función, técnica, estructura, lenguaje artístico, etc., son términos que no designan cosas, sino puntos de vista y procedimientos lógicos con los cuales es posible acercarse a una cosa y conocerla parcialmente. Entonces, un monumento no será simplemente un *objeto*, como hemos dicho hasta aquí, sino un *sujeto*, al ser una realidad diferente a nosotros que encierra en su interior una cantidad enorme de signos, la lectura de los cuales nos podrá dar respuestas en caso de que nosotros queramos interrogar a ese sujeto. Las preguntas y las consiguientes respuestas pueden ser muchas, pero ninguna de ellas podrá revelar la esencia misma del monumento, en su raíz más profunda; no obstante, sobre la base de las respuestas, una colectividad puede fundar gran parte de su propia identidad cultural y civil. Y, en este sentido, podríamos concordar con la definición aducida en la Carta de Cracovia, redactada y aprobada en el mes de octubre del año 2000, que establece que el «patrimonio cultural es ese conjunto de obras del hombre en las cuales una comunidad reconoce como suyos particulares y específicos valores en los cuales se identifica». Esta identificación y la definición de las obras del patrimonio «viene a ser un proceso de elección de valores»: Exactamente como Cicerón decía que el valor es «*id quod selectione dignu est*».

De estos valores, el monumento es portador y constituye un soporte de la memoria. En este hecho de ser portador, es decir, *substrato*, consiste su carácter de *sustancia*, como antes se decía. La sustancia funciona como el punto. El punto no puede ser largo y tampoco coloreado, pues, en caso con-

trario, sería una línea o una superficie. Si se dividiera, se transformaría en dos puntos. Si esto es así, el punto sólo puede aparecer y desaparecer de manera inmediata, de allí su peculiar temporalidad. Lo mismo puede aplicarse a la sustancia, que es puntiforme. El punto-sustancia que se mueve como un caracol, babea una traza o hace crecer una concha. Traza y concha tienen la temporalidad de lo accidental, una temporalidad metamórfica o metabólica.

La memoria reconoce en el monumento esta traza metafórica como relevantes aspectos relacionados con los actos y el pensamiento del hombre, localizables en el curso de la historia y aún asequibles para nosotros. Al ser el portador de valores una sustancia sujeta a corrupción, le corresponde al hombre conservarla en su autenticidad entendida como suma de los caracteres peculiares, históricamente acumulados por la estructura originaria hasta la situación actual, como resultado de las transformaciones sucedidas en el transcurso del tiempo.

He aquí que la conservación, lejos del conducirse a abstracciones, debe dirigirse a la sustancialidad del monumento como conjunto de las actitudes de la colectividad destinadas a hacer durar en el tiempo el patrimonio. En este sentido, la conservación se expresa en relación con los significados que adquiere cada obra, con los valores a ella conectados. La conservación es, por tanto, un fin, no una técnica. La restauración es, en cambio, la intervención directa sobre las obras del patrimonio destinada a la conservación de su autenticidad y a la adquisición del mismo por parte de la colectividad. Y tampoco la restauración puede configurarse como técnica, pues se escoge y, al no existir una técnica de las elecciones, puede ser únicamente *proyecto*, entendido como consecuencialidad de elecciones conservadoras, como específico procedimiento destinado a la conservación del patrimonio construido.

Este patrimonio público es de todos, tanto en su materialidad pecuniaria como en sus valores de identidad cultural y social. De igual modo, el patrimonio particular es —pido perdón a los juristas— de *hecho* público, pues está constituido por bienes sometidos a tales vínculos que el propietario tan sólo puede limitarse a su disfrute estético, reconociendo su valor real y sometiéndose a todas las leyes de tutela y de salvaguardia que lo protegen.

PATRIMONIOS ARQUEOLÓGICO Y ETNOGRÁFICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

José Luis Moreu Ballonga
Catedrático de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y BREVE INTRODUCCIÓN

La regulación de los hallazgos de interés histórico-artístico presenta una considerable antigüedad en el Derecho español¹. Se remonta a la regulación, que no parece tener precedentes en el Derecho romano² ni en nuestro Derecho histórico anterior³, de unas Resolución y Cédula del Consejo de Carlos IV de fechas, respectivamente, 24 de marzo de 1802 y 6 de julio de 1803, que quedaron recogidas en la ley III del título XX del libro VIII de la Novísima Recopilación de 1805. Después de esta regulación, los autores de nuestro Código Civil establecieron también en 1889, en la regulación del tesoro, lo que la doctrina consideró con razón como una, entonces muy progresiva, posibilidad u opción para el Estado de expropiar los tesoros interesantes para las ciencias o para las artes (art. 351, párrafo 3.º)⁴.

¹ Sobre este tema he escrito ya en otras ocasiones anteriores. Véanse *Régimen jurídico de los hallazgos de interés artístico, histórico o arqueológico*, en la Revista de Administración Pública (RAP), septiembre-diciembre 1979, págs. 79 y ss.; *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Bosch, Barcelona, 1980, págs. 654 a 666; *Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico-artístico*, en Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) núm. 37, 1983, págs. 261 a 270; *Los hallazgos interesantes para el Patrimonio Histórico Español en la Ley de 25 de junio de 1985*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 6, 1985, págs. 923 a 952; y *Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico*, en el n.º 132 de la RAP, 1993, págs. 171 y ss.

² Aunque existió, desde luego, preocupación en el Derecho romano por el patrimonio cultural o artístico. Véase MURGA, José Luis, *Una Constitución de Mayoriano en defensa del patrimonio artístico de Roma*, en Anuario de Historia del Derecho Español, 1980, págs. 587 a 621.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, sitúa el nacimiento de la legislación española protectora del Patrimonio Histórico en 1752, con la creación por FERNANDO VI de la Academia de Nobles Artes, que se llamaría en 1773 de Bellas Artes de SAN FERNANDO, en evocación del santo patrono de su fundador. Cfr. *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*, Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), n.º 39, 1983, pg. 576. Un hecho histórico importante y poco conocido en España es el de que las excavaciones de la ciudad de Pompeya se iniciaron en 1748 por orden de nuestro Rey Borbón CARLOS III.

⁴ Bajo la vigencia de este precepto se descubrió casualmente en una finca privada y por su propietario, el día 4 de agosto de 1897, a escasa profundidad del suelo al parecer, la estatua

Durante el siglo xx⁵ hubo ya tres nuevas regulaciones de los hallazgos de interés histórico-artístico y todas realizadas en etapas liberales de nuestra política nacional. La primera de ellas siendo jefe del Gobierno don José de Canalejas y dieciséis meses antes de que fuera asesinado: la Ley de Excavaciones de 7 de julio de 1911, a la que seguiría su Reglamento, contenido en el Real Decreto de 1 de marzo de 1912. La segunda regulación de nuestro tema se produjo durante la Segunda República, en la Ley de 13 de mayo de 1933, inspirada por don Fernando de los Ríos, Ministro de Instrucción Pública, y que constituyó acaso el primer intento moderno y serio de abordar globalmente los temas del Patrimonio Histórico Artístico y de superar en este ámbito el exagerado respeto a la propiedad privada que había caracterizado a la legislación anterior. El Reglamento de dicha ley se contiene en el Decreto de 16 de abril de 1936. La tercera de las regulaciones estatales de nuestro tema durante el pasado siglo es ya la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985, promovida por don Javier Solana, Ministro de Cultura en el primer Gobierno «monocolor» del PSOE, y Ley ya respaldada por el artículo 46 de nuestra vigente Constitución de 1978. El Reglamento de esta Ley se contiene en el Decreto 111/1986, de 10 de enero, ampliamente modificado por el Decreto 64/1994, de 21 de enero⁶.

La Ley de 1985, como el proyecto de ley de la UCD, en el que para nuestro tema se inspira, parece que adopta un sistema de adquisición automática por el Estado de los hallazgos «interesantes» y la reducción del juego de los principios de ocupación y accesión a la mitad del valor de lo hallado, quedando la otra mitad del Estado sin contrapartida. Se trata de una solución intermedia entre la plena «nacionalización» (la Ley de 1985 con la radical y creo que excesiva fórmula de la inclusión en el dominio público) y el pleno

conocida como la Dama de Elche. Como este señor era coleccionista de antigüedades y vendedor de las mismas, el suceso resultó a algunos sospechoso y se ha llegado a poner en duda la autenticidad de la estatua. El Estado no ejerció su derecho a la expropiación y un comprador francés adquirió inicialmente la estatua y la llevó a su país, llegando a estar un tiempo en el Museo del Louvre. Una negociación entre el Gobierno del General FRANCO y el Mariscal PETAIN la restituyó finalmente a nuestro país.

⁵ La arqueología moderna nace a finales del siglo XVIII y está los dos siglos siguientes muy vinculada a las aventuras, vicisitudes y abusos de las potencias coloniales europeas. En los últimos años, los países del Tercer Mundo están empezando a reivindicar los bienes de que fueron expoliados en esa etapa histórica. Una interesante investigación sobre la misma desde la perspectiva predominante de los franceses es la de GRAN AYMERICH, Ève, «*El nacimiento de la arqueología moderna (1798-1945)*», Traducción de SANCHO ARROYO, Inés, Pressas Universitarias de Zaragoza, 2001, 716 págs.

⁶ El Proyecto de ley de que procede la Ley vigente de 1985 se publicó en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 3 de abril de 1984, Y, en tema de hallazgos, conserva fuerte inspiración de un anterior proyecto de ley, publicado el 14 de septiembre de 1981 y elaborado estando en el Gobierno la UCD de don Adolfo SUÁREZ.

reconocimiento en valor de los derechos de los particulares, y de una solución progresiva en relación a lo anterior e incluso a lo que establecen las legislaciones de los países más próximos a nosotros. Toda la regulación de los hallazgos «interesantes» está dominada por un fuerte intervencionismo administrativo, desde luego conveniente en esta materia, aunque algo falto de realismo en ocasiones. Y esta nueva regulación, como vamos a ver, es más correcta y clara en el mantenimiento de lo que ya existía (la autorización administrativa de las excavaciones) que en lo que introduce como novedad (la Zona Arqueológica y la dominialización de los hallazgos «interesantes»). La Ley de 1985 es también la primera norma española con rango de ley que regula el Patrimonio Etnográfico.

En otro sentido, es útil advertir que la normativa reglamentaria anterior a la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 fue mantenida vigente de modo genérico y en lo no incompatible por dicha Ley de 1985, situación que duró hasta la entrada en vigor del Reglamento para la ejecución de la Ley contenido en el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (véanse la disposición derogatoria de éste y la disposición transitoria 1.^a de aquella Ley). La Ley de 1985 ha dejado sustancialmente vigentes también muchas anteriores o antiguas normativas especiales de rango inferior a la ley, no totalmente derogadas por la ley general posterior.

Por lo demás, la nueva Ley estatal, como todas las anteriores, con la honrosa excepción del artículo 351, párrafo 3.º, del Código Civil, ha regulado nuestro tema con técnica bastante deficiente, lo que es siempre lamentable, y más en esta ocasión, en la que, como veremos, el legislador hubiera podido afrontar la considerable dificultad del tema con una mejor información que en ocasiones anteriores⁷. Personalmente, en el año 1981 hice llegar al Grupo Parlamentario Socialista una pensada propuesta de regulación de los hallazgos de interés histórico-artístico que daba por buenas las directrices contenidas en el Proyecto de Ley de la UCD de 14 de septiembre de 1981, y que, aunque no fue tenida en cuenta en absoluto, creo sigue manteniendo interés hacia el futuro, si se pretendiera alguna vez superar la actual legislación, de estrecha concepción excesivamente escorada hacia el Derecho administrativo, creo que en detrimento de su propia eficacia⁸.

⁷ Por la existencia, junto a otros, como alguno de ÁLVAREZ ÁLVAREZ que se citará, de mis trabajos anteriores a 1985 y citados en la nota núm. 1. Debo reconocer, no obstante, que Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, que ha estudiado con detenimiento esta regulación, presenta un juicio mucho más benévolo que el mío.

⁸ Puede consultarse esa propuesta mía, comentada, en mi trabajo *Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico-artístico*, «REDA», 1983, págs. 268 a 270. Pienso hoy todavía que, de haberse atendido dicha propuesta, se hubieran evitado casi todas las carencias, ambigüedades, criterios equivocados y contradicciones valorativas que veremos aparecen

En los últimos años, sobre todo tras la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, claramente proclive al desarrollo de las competencias legislativas y ejecutivas autonómicas, han ido apareciendo muchas leyes autonómicas sobre Patrimonio Histórico o Patrimonio Cultural, que suelen copiar sin apenas matices de consideración la regulación de la Ley estatal de 1985 sobre los Patrimonios Arqueológico y Etnográfico⁹. Los legisladores autonómicos han mostrado en general mucho respeto y hasta admiración por la Ley estatal de 1985, Ley sin duda bienintencionada, pero redactada con evidente desconocimiento de la Ley sobre salvamentos y hallazgos marítimos de 1962, y de bastante modesta técnica jurídica, no carente de ingenuidades, aparte de escasamente implementada. Las leyes autonómicas han copiado literalmente incluso preceptos de la LPHE, como el artículo 44-3.º, cuya defectuosa redacción era evidente y había sido señalada unánimemente por la doctrina. Buena muestra, en fin, del modesto nivel jurídico con que nuestro actual Estado de las Autonomías va construyendo su Ordenamiento jurídico en muchas de sus parcelas¹⁰. En términos políticos, cabe decir que el Partido Popular ha respetado plenamente el rígido (pero bastante retórico) intervencionismo administrativo de la LPHE y que ha mantenido con gran conformismo el tono técnicamente mediocre de esta Ley del PSOE.

II. REGULACIÓN GENERAL ESTATAL DEL TEMA: RÉGIMEN DE LAS EXCAVACIONES ARQUEOLÓGICAS

Los números 1 y 2 del artículo 1.º de la Ley de 25 de junio de 1985 definen muy ampliamente, con probable inspiración en la prestigiosa doctrina

hoy en nuestra Ley vigente. Añadiría hoy, con todo, a dicha propuesta, una consideración más claramente diferenciada en el propio texto legal de los hallazgos «interesantes» de inmuebles realizados en el campo y de los realizados en contextos urbanos. Aunque esta carencia de mi propuesta se debió a que la misma no contemplaba el aspecto más administrativo o preventivo de la regulación de las zonas arqueológicas.

⁹ Véanse la Ley murciana 4/1990, de 11 de abril (ésta de modesto alcance); castellano manchega 4/1990, de 30 de mayo; vasca 7/1990, de 3 de julio; andaluza 1/1991, de 3 de julio; catalana 9/1993, de 30 de septiembre; gallega 8/1995, de 30 de octubre; valenciana 4/1998, de 11 de junio; madrileña 10/1998, de 9 de julio; cántabra 11/1998, de 13 de octubre; balear 12/1998, de 21 de diciembre; aragonesa 3/1999, de 10 de marzo; extremeña 2/1999, de 29 de marzo; canarias 4/1999, de 15 de marzo y 10/2002, de 21 de noviembre; y asturiana de 6 de marzo de 2001.

¹⁰ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, se ha mostrado crítico con el conjunto de la legislación sobre Patrimonio Cultural, que piensa, creo que con buen sentido y con bastante razón, que oculta, tras su maximalismo proteccionista, auténtica ineficacia y claudicación legislativa. Propone, por ello, de *lege ferenda*, una reconducción del sistema hacia una mayor eficacia y hacia una más realista protección sobre menos bienes «interesantes» más concretamente delimitados. Cfr. *Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural*, en la obra colectiva *Las Neveras y la artesanía del Hielo*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2001, págs. 324-325.

italiana en este ámbito, el objeto del Patrimonio Histórico Español, con referencia expresa, entre otros, a los bienes de interés paleontológico, arqueológico y etnográfico, y con alusión expresa también a los yacimientos y zonas arqueológicas. Se incluyen, por ejemplo, entre los hallazgos arqueológicos incluso hallazgos «geológicos», en tanto que relacionados con la historia del hombre, lo que no puede dejar de considerarse como una clase de hallazgo sumamente peculiar¹¹. Como el propio Preámbulo de la Ley reconoce, se ha ampliado el concepto de Patrimonio Histórico respecto del que se venía utilizando y del que se recoge en el artículo 46 de la Constitución¹².

El título V de la Ley, bajo el epígrafe «Del Patrimonio Arqueológico», regula, en los artículos 40 a 44, lo principal sobre el régimen de las excavaciones y hallazgos de bienes interesantes para el Patrimonio Histórico Español.

Según el artículo 40 de la Ley:

«1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte asimismo de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.

2. Quedan declarados Bienes de Interés Cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre».

El precepto, por tanto, se refiere a bienes de valor o interés arqueológico o paleontológico, lo que es coherente con el rótulo del título V de la Ley, pero el artículo 44-1.º se refiere, más ampliamente, a bienes «*que posean los valo-*

¹¹ Quizás haya que entender limitada la norma a algunas piedras o rocas localizadas en cierto lugar que resulten aisladas y extrañas allí, o a rocas que se singularicen y se tomen como muestra del contexto geológico de otros hallazgos. BARCELONA LLOP, Javier, excluye del dominio público estos supuestos hallazgos geológicos. Véase *El dominio público arqueológico*, RAP, n.º 151, 2000, págs. 159-160.

¹² Sobre la evolución y ampliación de la noción de Patrimonio Histórico véase la monografía de BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, 1990, págs. 199 y ss. y 734. También sobre lo mismo, y con referencias además al marco jurídico internacional en esta materia, que en este trabajo no se va a recoger, véase ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Tomo 1.º, Ministerio de Cultura, 1994, págs. 35 y ss. y 229 y ss. La ampliación del concepto de Patrimonio Histórico o Cultural se ha exacerbado ya en las leyes autonómicas, como explica LÓPEZ RAMÓN en el trabajo citado en la nota 10.

res que son propios del Patrimonio Histórico Español»: o sea, también a bienes de valor artístico o histórico y, en cuanto a la regulación de los hallazgos se refiere, esta segunda noción más amplia del objeto de la Ley especial es la que debe prevalecer. Aunque la posesión de esos «valores» por el hallazgo, o el carácter de «interesante» para el Patrimonio Histórico Español deberá ser reconocido administrativamente, dicha constatación o declaración tendrá carácter meramente declarativo, y podrá ser discutida por los interesados ante los tribunales.

En todo caso, se hace una delimitación genérica de los hallazgos «*interesantes*», sin recurrir, como en alguna de las normativas anteriores, a la delimitación de dichos hallazgos a partir de un concreto nivel de antigüedad¹³. En este sentido, parece que cabe afirmar que la regulación genérica sobre el tesoro oculto, que rectamente entendida conlleva siempre la nota de antigüedad, aunque no precisada ni cuantificada legalmente, sufrirá con la actual legislación una disminución de su ámbito de aplicación diferente y acaso menor que la que padecía con la mencionada normativa anterior¹⁴. Con la nueva Ley son razonablemente concebibles tesoros ordinarios de antigüedad correspondiente a la Edad Media o todavía mayor, y son también concebibles, todavía con mayor facilidad, tesoros «*interesantes*» descubiertos en las Edades Moderna o Contemporánea. Tampoco distingue la nueva normativa, a diferencia de las anteriores, entre halladores nacionales y extranjeros.

Por otra parte, la delimitación de los hallazgos «*interesantes*» parece contemplar el valor o interés exigido por la ley con total abstracción de la mayor o menor abundancia actual de ese tipo de objetos, lo que puede resultar desacertado en la medida en que al Estado puede seguir costándole dinero el rea-

¹³ Así, el artículo 2 de la Ley de 7 de julio de 1911 y el artículo 2 del Real Decreto de 1 de marzo de 1912, que precisaba como precepto reglamentario el precepto legal citado en primer término (se distinguía, en particular, según la antigüedad del hallazgo fuera mayor o menor que la época del reinado de Carlos I, reinado que se suponía que iniciaba la Edad Moderna). Y véase el artículo 1 de la Ley de 1933. También en esa línea el artículo 51.1 del Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1981, que afortunadamente no ha sido seguido en esto por nuestro legislador. Véase también sobre el problema mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 655 y 658. Véase todavía, como residuo del viejo criterio, el artículo 5-2.º de la Ley vigente.

¹⁴ Distinta explicación, que no me convence, da LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, quien, desde posiciones de entusiasta defensa de los intereses públicos que la llevan a una especie de intento de revitalizar teóricamente la vieja noción de regalía (sin formularlo exactamente así), y pensando que el concepto de tesoro no requiere el requisito de la antigüedad y que se basa sobre todo en el carácter precioso de lo hallado, llega a sostener que la PLHE ha derogado prácticamente la regulación sobre el tesoro del Código civil. La propia referencia del artículo 44-1.º de la LPHE al artículo 351, creo que constituye argumento literal serio contra dicha explicación. El Tribunal Supremo ha aplicado sensatamente esta regulación en un par de sentencias civiles, de fechas 27 de junio de 1988 y 22 de enero de 1990. Véase de esta autora *La Ley valenciana de Patrimonio Cultural*, Valencia, 1999, págs. 107, 141 a 152. Cfr. de nuevo mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 658.

lizar su «adquisición» o cumplimentar los requisitos de la adquisición de dichos objetos (*vid.* art. 44-3.º de la Ley) así como su posterior conservación y custodia. Podría, por ejemplo, resultar poco razonable excluir el régimen genérico del tesoro en forma gravosa para el Estado, y nada menos que como bienes de dominio público e indisponibles, cuando se tratase de hallazgos de monedas acuñadas hace un siglo o dos, si esas monedas eran abundantes en todos los museos y colecciones públicas¹⁵. El carácter un tanto exorbitante de la dominialización (art. 44-1.º LPHE) debería llevar a una interpretación restrictiva de la calificación de «interesantes» de los hallazgos encontrados en beneficio de una más amplia aplicación del régimen jurídico común del tesoro oculto.

El artículo 40, como la definición de Zona Arqueológica del artículo 15-5.º, considera que integran el Patrimonio Histórico Español los bienes que menciona... «*hayan sido o no extraídos*»: o sea, incluso antes de ser hallados (no sólo extraídos) e incluso si el hallazgo puede hacer jugar en ciertos casos los principios de ocupación o accesión. Por tanto, los objetos faltos de dueño por antiguos que están ocultos y presentan interés para el Patrimonio Histórico Español no son ya *nullius* y tesoro, sino que pertenecen ya desde antes de su hallazgo al dominio público (del Estado, parece, en los primeros años de vigencia de la LPHE, y de la Comunidad Autónoma correspondiente, en general, tras la promulgación de las nuevas leyes autonómicas)¹⁶. Pero la Zona Arqueológica, como modalidad de Bien inmueble perteneciente al Patrimonio Histórico Español y declarado de Interés Cultural, parece que presupone el hallazgo y la constatación firme de que «*existen*» bienes de interés arqueológico (arts. 15-5.º y 43)¹⁷ y que sólo existirá dicha «Zona», aunque con efecto retroactivo al momento de la incoación del expediente, desde la resolución administrativa adoptada por Decreto estatal o autonómico (casi siempre éste, desde la sentencia 17/1991 del Tribunal Constitucional, y *cfr.* arts. 6 y 9-2.º) y que la declare tal Zona Arqueológica de Interés Cultural (*cfr.* arts. 9-1.º, 14-2.º y 11-1.º de LPHE). Lo que existe anteriormente a la

¹⁵ Lo que vengo advirtiendo en varios de mis trabajos desde la explicación de mi tesis doctoral citada en las notas anteriores.

¹⁶ En el mismo sentido, ALEGRE ÁVILA, en relación a la Ley estatal, en su citada monografía de 1994, pág. 368. Es discutible el acierto del criterio de las leyes autonómicas atribuyendo la titularidad misma de los hallazgos arqueológicos a la propia Comunidad Autónoma, lo que no era necesario para la fundamentación de las competencias administrativas autonómicas en la materia, pero las leyes autonómicas no han sido impugnadas por el Estado ante el Tribunal Constitucional.

¹⁷ La sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1997 consideró insuficiente para justificar la expropiación que la Administración pretendía la mera alegación por ella de datos eruditos e históricos, pero poco precisos, sobre la ubicación de los restos que se intentaban descubrir, considerando que sólo el hallazgo de los restos «interesantes» justificaría dicha expropiación. *Cfr. Aranzadi*, n.º 740.

«Zona Arqueológica» parece que es, meramente, el «yacimiento arqueológico» (1-2.º, 15-5.º y 43 de LPHE) y con existencia comprobada de varios (en principio, puesto que se utiliza el plural) objetos «interesantes» ya encontrados¹⁸. Naturalmente, el yacimiento existirá como tal incluso antes de ser conocido por el hombre. Siendo el yacimiento de la Zona Arqueológica un mero continente de bienes muebles de interés arqueológico, parece que podrá llegar a agotarse, con lo que debería caber la posibilidad de dejar sin efecto la Administración la declaración de Zona Arqueológica, aunque ello parece que debería requerir nuevo expediente administrativo y nuevo Real Decreto (cfr. art. 9-5.º LPHE) y la correlativa cancelación de la inscripción en el Registro General¹⁹. Y dígase lo mismo de los supuestos más infrecuentes en los que se descubriesen bienes inmuebles de interés histórico artístico si la Administración decidía trasladarlos completos a otro lugar para su exhibición o mejor conservación. Pero no es inverosímil que en tales casos la Administración se limite a adoptar una mera actitud pasiva, sin cancelar expresamente con un nuevo expediente administrativo el *status* jurídico creado anteriormente.

¹⁸ El legislador, acaso por la declaración que hace de los hallazgos «interesantes» como de dominio público, desechó otra posible fórmula más radical que hubiera podido ser la de que la Zona Arqueológica fuera declarada tal por ministerio de la ley desde el mismo instante de la realización de un hallazgo de interés arqueológico, en un cierto entorno legalmente determinado (un círculo de 50 o 100 metros de radio desde el centro mismo del lugar del hallazgo, por ejemplo), y sin necesidad de esperar a la incoación del expediente administrativo. Solución complementaria que podría haber tenido sentido como legalmente previa y provisional hasta que se concluyese el expediente administrativo con resolución fundada en conocimientos más precisos y contrastados y con delimitación precisa y definitiva de la zona a excavar. Hay que contar con que no puede descartarse la negligencia o pasividad administrativa, muy frecuente en la práctica (sólo gracias a que la caducidad del artículo 9-3.º de la LPHE no es automática, no caducan un porcentaje altísimo de los expedientes administrativos que se incoan), aparte el desconocimiento por la Administración de los hallazgos clandestinos y no declarados, y ello no debería poner en riesgo los bienes del yacimiento arqueológico ni a éste mismo. La mera tipificación de sanciones administrativas y de delitos penales contra las excavaciones ilícitas (cfr. art. 42-3.º, *in fine*, LPHE) puede que no sea suficiente para dichos supuestos, aunque debe reconocerse que la LPHE otorga competencias administrativas muy robustas en esta materia (cfr. art. 20-3.º y 37-2.º, por ejemplo), que hacen poco verosímil la hipótesis de una actuación administrativa en vías de hecho. Por otra parte, con la solución legal actual, queda muy difusa e indeterminada la concreta zona protegida por la Ley durante la acaso prolongada tramitación del expediente administrativo. Se sugiere, por tanto, de «*lege ferenda*», una idea un tanto parecida a la del «entorno» de que trata el artículo 11-2.º de la LPHE pero precisada en cuanto a la extensión, adelantada *ex lege* al instante del primer hallazgo «interesante», y con una finalidad cautelar. La Sentencia de la Sala contencioso administrativa, Sección 7.ª, del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001 no considera decisiva en la instrucción de un expediente de Zona Arqueológica el que la zona protegida estuviera inicialmente bastante indeterminada y que no viniera a coincidir con la señalada tras la instrucción del expediente. Cfr. *Aranzadi*, n.º 6573.

¹⁹ En la Sentencia de la Sala 3.ª, Secc. 8.ª, del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990 se plantea el problema de una infructuosa petición de reversión de bienes expropiados para realizar excavaciones arqueológicas, en un caso en que era dudoso si éstas habían concluido o no. Cfr. *Aranzadi*, n.º 10.047.

Aunque veremos que la Ley califica nada menos que como de «*dominio público*» a cada concreto objeto «interesante» encontrado (cfr. art. 44-1.º), parece que, en su sistema, en principio, el carácter de Bien de Interés Cultural de la Zona Arqueológica no se comunica por ministerio de la ley a los concretos objetos descubiertos, por falta de precepto legal que tal cosa establezca y porque no todos los objetos sobre los que recaigan los hallazgos «interesantes» habrán de tener la «*singular relevancia*» que parece exigir la Ley para que un bien llegue a ser de Interés Cultural o Inventariado y goce de esa «*singular protección*» (cfr. Exposición de Motivos; art. 9 y art. 26-1.º). Y tampoco se deriva de aquella calificación como Zona Arqueológica para el bien mueble «interesante» descubierto en la misma su carácter de Bien Inventariable (cfr. art. 26-3.º). Esta explicación que se propone creo que se ve con especial claridad en la letra y el espíritu de los artículos 42-2.º y 44-2.º, que para nada parecen pensar en la incoación de un concreto expediente administrativo para cada hallazgo «interesante», pero que tampoco lo prohíben ni afirman su innecesariedad. Y se ve también lo mismo, más difusamente, en otros preceptos de la Ley (cfr. 11-2.º, 22-1.º, 26-3.º y 69-2.º). Hay una cierta incoherencia de fondo en el sistema de la Ley, porque lo que se puede declarar formalmente de interés cultural es la Zona Arqueológica, que en sí misma y como mero continente no tiene real y definitivamente dicho interés, mientras que los concretos hallazgos «interesantes», que sí tienen dicho interés de forma intrínseca y definitiva, no se contempla si se deban declarar, o cuándo, bienes de interés cultural o inventariables. El concepto de Zona Arqueológica extiende útilmente la protección que ya dispensa la necesidad de la previa autorización administrativa de las excavaciones arqueológicas, porque hay que proteger el yacimiento de toda otra posible perforación u obra, pero no parece haberse entendido bien el carácter meramente instrumental y provisional que en rigor hubiera debido tener la noción de Zona Arqueológica. Las limitaciones al dominio o a la libertad de empresa que de esta noción se desprenden quedan necesariamente sin justificación objetiva desde que se extraen todos los hallazgos «interesantes» del yacimiento; desde que éste «se agota» en dicho sentido. Por las mismas razones de fondo previó acertadamente el artículo 83 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954 una modalidad específica de expropiación para realizar excavaciones arqueológicas, que consideraba de mera «ocupación temporal» de los terrenos.

Entiendo que en el sistema de la Ley, y pese a la amplísima declaración del artículo 44-1.º de pertenecer al dominio público «*todos*» los objetos o restos arqueológicos pertenecientes al Patrimonio Histórico Español, la discrecionalidad de la Administración responsable del Patrimonio para declarar una Zona Arqueológica como Bien de Interés Cultural no es absoluta, y que

el artículo 15-5.º LPHE tiene el presupuesto implícito de que los bienes que se hayan hallado o que se prevea se pueden hallar en el yacimiento en cuestión deben presentar un cierto nivel de importancia o relevancia. Diría que el requisito para declarar un yacimiento arqueológico como Zona Arqueológica debería ser que los bienes en el mismo encontrados o presumiblemente encontrables sean o fueran bienes susceptibles de merecer una declaración de ser Bienes de Interés Cultural. La Zona Arqueológica misma es calificada como bien inmueble «integrado» en el Patrimonio Histórico Español (art. 14-2.º), pero no es, ella misma, de dominio público, y puede integrar inmuebles de dueños diversos públicos o privados.

La articulación de la regulación de la Zona Arqueológica con la de los concretos hallazgos «interesantes» ha quedado en una cierta penumbra en la LPHE. Ésta califica muy forzosamente como «bien» a la Zona y omite una clara regulación de los verdaderos «bienes», que son los bienes «interesantes» hallados dentro, o incluso fuera, de una Zona Arqueológica.

La explicación genérica de esa señalada oscuridad legislativa en este punto seguramente reside en que la regulación legal de los Bienes de Interés Cultural y de los Inventariables contempla sobre todo bienes de propiedad privada de particulares o, incluso, aunque menos claramente, bienes patrimoniales de entes públicos. De modo que, declarándose bienes de dominio público los concretos hallazgos «interesantes» realizados, podría acaso parecer que devenía innecesaria la regulación protectora y típicamente limitativa de la propiedad privada que la LPHE dedica a esos bienes específicamente clasificados. Sin embargo, un análisis atento de la normativa creo que muestra que esto no es del todo así ni para los hallazgos de muebles «interesantes» ni, menos aún, para los hallazgos de inmuebles «interesantes».

En efecto, piénsese, aparte de la propia inscripción en el Registro General o en el Inventario, en la potestad de la Administración competente en el Patrimonio para inspeccionar los muebles Inventariados, o en el deber de permitir el estudio de los investigadores o de hacer préstamos temporales, o en la necesidad de que esa misma Administración del Patrimonio autorice ciertos cambios de uso, o en el «título oficial» legalmente previsto para los Bienes de Interés Cultural, que parece tener sólo sentido lógico para los bienes muebles y privados (cfr. arts. 12-1.º, 26-3.º, 36-2.º y 13). Todo ello no es estrictamente aplicable por la mera declaración de dominio público del bien hallado «interesante», aunque sea cierto que dicho bien mueble será en la práctica entregado a la Administración competente sobre el Patrimonio y acaso a concretos museos (cfr. arts. 42-2.º y 44-2.º), con lo que la propia situación posesoria del bien hallado hará en la práctica innecesaria, en efecto, la más genuina regulación de la LPHE sobre los muebles declarados Bienes de Interés

Cultural o Inventariados, salvo acaso la posible utilidad de la inscripción del bien o en el Registro General o en el Inventario. Y según sugería anteriormente, el carácter de Bien de Interés Cultural parece hacerse más útil o necesario todavía cuando se trate de hallazgos de inmuebles «interesantes», a los que parecen resultar aplicables útilmente, y aunque de forma implícita, algunas de las normas de signo más o menos urbanístico que la LPHE prevé literalmente sólo para las Zonas Arqueológicas (cfr. art. 20-1.º y 3.º ó art. 22) y, sobre todo, parece que resultarían sumamente útiles, empezando por la propia inscripción en el Registro General del artículo 12, la mayor parte de las normas dictadas para los inmuebles declarados Bienes de Interés Cultural (cfr. arts. 16, 18, 24, 36, 37-1.º y 39, por ejemplo). La razonable aplicabilidad de toda esta regulación genéricamente protectora no se deriva de la mera declaración de dominio público del bien inmueble hallado e «interesante».

Estas razones expuestas abonan la conveniencia de explorar en el marco de la LPHE cómo podrán acceder realmente los hallazgos «interesantes», tanto muebles como inmuebles, al *status* de Bien de Interés Cultural o de Bien Inventariado en el caso de los muebles, o al *status* de Bien de Interés Cultural en el caso de los inmuebles.

Consideremos primero los hallazgos de muebles «interesantes» realizados dentro de una Zona Arqueológica. En tal caso, podría quizás considerarse defendible, en la medida en que lo permitiera la normativa sobre el procedimiento administrativo, y aplicando por analogía el inciso segundo del artículo 27 LPHE, el que los hallazgos realizados antes de concluirse el expediente fueran expresamente incluidos en la declaración final de ser Bien de Interés Cultural la Zona Arqueológica, atribuyéndoles también la misma calificación jurídica. El precepto jugaría por analogía porque evidentemente está pensando en el diverso supuesto de mobiliario que alhaja o se contiene en un inmueble o edificio, y todavía pone el precepto el requisito de que dichos bienes sean reconocidos por la declaración administrativa como parte esencial de la historia del edificio continente (o sea, que no se extiende la declaración, muy razonablemente, a cualquier mueble contenido allí). Pero, más allá de esto, no veo base en la LPHE (no, en particular, en una interpretación sistemática de los artículos 15-5.º y 44-1.º), para declarar genéricamente Bienes de Interés Cultural a cualesquiera de los muebles «interesantes» que en el futuro se hayan de ir descubriendo en el yacimiento declarado Zona Arqueológica. En el sistema de la Ley parece que dichos bienes requerirán cada uno nuevo expediente administrativo (o expedientes administrativos nuevos para un conjunto de ellos) para que puedan ser declarados Bien de Interés Cultural o Bien Inventariado. La Ley hubiera podido contemplar el yacimiento como una universalidad, y declarar «*ex lege*» todos los hallazgos «interesantes» de la Zona como lo uno o como lo otro, pero no parece que lo

haya hecho. Ni siquiera parece imponer claramente la LPHE que el conjunto de bienes «interesantes» extraídos de un mismo yacimiento hayan de tener tratamiento necesariamente como conjunto o como universalidad, de modo que la Administración debiera mantenerlos agrupados y acaso destinarlos a un mismo Museo. La Administración parece tener legalmente bastante discrecionalidad en cuanto a esto (arts. 42-2.º y 45 LPHE).

En cuanto a los hallazgos de inmuebles «interesantes» realizados en una Zona Arqueológica, la interpretación jurídica puede acaso llegar algo más lejos que en el supuesto de los muebles, pero creo que no carece tampoco de límites, a pesar de que aquí sería más claramente conveniente, según he indicado, ampliar el alcance de la inicial declaración de Bien de Interés Cultural que se hace sobre la Zona Arqueológica. Quizás sería defendible aquí como una «prolongación» de la cualidad de Bien de Interés Cultural de la Zona al inmueble «interesante» hallado, sobre todo si éste no era trasladado del lugar (cfr. art. 18 LPHE) y si antes de la declaración administrativa se había al menos iniciado el descubrimiento del bien inmueble «interesante». Incluso podría defenderse lo mismo, acaso, habiéndose iniciado el descubrimiento antes de la declaración, aunque el inmueble descubierto se trasladase luego a otro lugar. Y esta interpretación creo que habría que fundarla más en su conveniencia y en razones sistemáticas que en la idea de que el inmueble hallado fuera una «parte integrante» (no es tal, sino un bien distinto) del yacimiento o de la Zona Arqueológica» (cfr. art. 11-2.º LPHE). En cambio, esta interpretación me parecería demasiado forzada si el hallazgo del inmueble «interesante» sucedía una vez ya producida la declaración de Bien de Interés Cultural de la Zona Arqueológica. Y lo mismo diría, aunque antes de este hallazgo posterior del inmueble «interesante», y de la declaración de ser Bien de Interés Cultural la Zona Arqueológica, se hubieran producido ya en el yacimiento algunos hallazgos de muebles «interesantes». En estos dos últimos casos considerados, parece que no habría más remedio que recurrir a un expediente administrativo nuevo *ex* artículo 9 LPHE para declarar Bien de Interés Cultural el nuevo inmueble «interesante» descubierto. Y ello, según he explicado, podría tener bastante sentido en el esquema de la LPHE.

Consideremos finalmente el supuesto de una hallazgo «interesante» mueble o inmueble pero que sea hallazgo aislado y sin existencia clara en el lugar de un yacimiento arqueológico. Como se dice que ocurrió el día 4 de agosto de 1897 con el hallazgo en una finca privada y por parte del dueño de ésta de la Dama de Elche. En tal caso, y siendo mueble el hallazgo «interesante», no haría falta declarar Zona Arqueológica alguna, y la Administración responsable del Patrimonio instruiría o no expediente de declaración de Bien de Interés Cultural (cfr. arts. 9 y 27, inciso primero, LPHE) según valorase la importancia cualitativa del hallazgo. Y si el hallazgo «interesante» aislado fuera inmueble, y de cierta rele-

vancia cualitativa, parece que la Administración competente sobre Patrimonio podría incoar expediente de declaración de Bien de Interés Cultural ya junto a la declaración de Zona Arqueológica, a pesar de referirse el artículo 15-5.º a hallazgos, en plural; ya junto a la declaración de Monumento, por existir acaso obra inmueble de «*escultura colosal*», según el artículo 15-1.º; ya incoar mero expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, si se considera que no es taxativa la enumeración legal del artículo 15 de la LPHE.

La Administración no tiene obligación de instar de oficio la inscripción de la declaración de Zona Arqueológica en el Registro de la Propiedad (cfr. aparte de la voluntariedad genérica de la inscripción, art. 12-3.º LPHE, interpretado «*a contrario*»). No obstante, como tiene derecho de tanteo y de retracto sobre las fincas incluidas en la Zona Arqueológica (art. 38 LPHE), parece que, aunque la eficacia frente a tercero de dicho derecho se basa en una publicidad legal y viene garantizada por el artículo 37-3.º de la Ley Hipotecaria, podrá ser conveniente que promueva la inscripción o reflejo registral de la declaración de Zona Arqueológica en los folios registrales de dichas fincas normalmente privadas, como una publicidad voluntaria de refuerzo destinada a evitar todo tipo de duda en la práctica (art. 38-5.º LPHE). Y en cuanto a la inmatriculación de fincas o inscripción de derechos sobre las mismas que se hagan voluntariamente por sus propietarios cuando las fincas hayan quedado incluidas en una Zona Arqueológica, la constatación, en el folio registral correspondiente de dicha calificación administrativa, venía prácticamente exigida a los particulares por el mencionado art. 38-5.º de la LPHE, al realizar la inmatriculación o inscripción correspondientes, y parece que ha quedado explícitamente posibilitada o facilitada en cuanto a su concreto cauce de acceso al folio registral por el último párrafo añadido al apartado 1.º del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en la reciente reforma realizada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que alude a reflejo en el folio de «*calificaciones administrativas*» en general.

El artículo 40 se refiere también a cosas que están en la «*superficie*» o en el «*subsuelo*», lo que debe entenderse, en sentido no técnico, como cosas que están en la superficie o enterradas a cualquier distancia: sin excluir las enterradas a escasa distancia del suelo. Se refiere el artículo, en realidad, a cosas ocultas o no ²⁰.

El artículo 41 de la Ley ofrece la definición de excavaciones y prospecciones arqueológicas, y también la de «*hallazgos casuales*», en el sentido,

²⁰ Por lo demás, no es la primera vez que esta legislación especial sobre los hallazgos de interés histórico-artístico utiliza de forma equívoca el término «subsuelo»: véase *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 658, nota 447.

ésta última, en que correcta y tradicionalmente se venía utilizando por la doctrina en relación con el tesoro oculto del Código civil: como hallazgos producidos al realizarse obras o excavaciones con una finalidad diversa de la de encontrar lo hallado²¹. La noción, aunque clara en teoría y formulada legalmente con gran amplitud, ofrece a veces dificultades prácticas de aplicación cuando existen previos indicios inciertos, o especulaciones o teorías de los arqueólogos, de que podían existir los yacimientos arqueológicos en el lugar en que se hace la excavación con diversa finalidad, lo que no es raro que ocurra al excavar cimientos de obras a realizar en los cascos antiguos de ciudades de mucha antigüedad. Aunque, con todo, también en muchos de estos casos de hallazgos en contextos urbanos, se da casualidad. Suelen ser casi siempre hallazgos claramente casuales, en cambio, los de los aislados tesoros muebles que aparecen a veces al demoler viejos edificios o construcciones, declarados o no previamente en ruina.

Según el artículo 42-1.º, «*toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente*», que procurará que los trabajos arqueológicos se realicen según criterios de «*conveniencia, profesionalidad e interés científico*». Y según el artículo 43, la Administración pública podrá también «*ordenar*» excavaciones o prospecciones arqueológicas en terrenos públicos o privados, sirviéndose en su caso de la legislación de expropiación forzosa.

De modo que toda persona que desee realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas, incluso si en su propio terreno, necesita autorización administrativa expresa de la Administración responsable del Patrimonio y, desde luego, discrecional²²: así sucede ya, al parecer²³, desde la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1911. Como se deduce de lo anteriormente explicado, la autorización administrativa de la excavación no tiene como presupuesto la previa declaración de una Zona Arqueológica, ni siquiera la existencia de un yacimiento arqueológico. Por lo demás, la referencia del artículo 43 a la legislación de expropiación forzosa hace suponer que la mera autorización administrativa (sin la «orden» y la consiguiente ocupación expropiatoria a las que

²¹ Aunque para un supuesto en el que estaba vigente todavía la legislación anterior, la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1991 niega el carácter casual a un hallazgo de tesoro «interesante» en el que se dieron búsquedas deliberadas y hasta el uso de un detector de metales. *Aranzadi*, n.º 3472.

²² Cfr. en tal sentido ALEGRE ÁVILA, quien recuerda también con razón que ello excluye el silencio administrativo positivo, en su citada monografía de 1994, págs. 406 a 408. Sobre esta discrecionalidad véanse también las sentencias de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998, y 16 de enero de 2001, *Aranzadi*, n.º 5676 y n.º 611, de los años correspondientes.

²³ Véase al respecto *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 657.

se refiere el propio art. 43) no permite prescindir del consentimiento del dueño del terreno a quien proyecte realizar excavaciones en fundo ajeno. Existiendo tal consentimiento, la expropiación no se requiere²⁴. El artículo 43 impone a la propiedad privada, como se ve, una servidumbre legal.

La nueva regulación ha tenido el acierto de distinguir entre hallazgos casuales y no casuales y, en relación con estos últimos, entre excavaciones y prospecciones lícitas e ilícitas²⁵.

Según el artículo 42-3.º:

«Serán ilícitas, y sus responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la presente Ley, las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente».

Y el artículo 76 de la Ley sanciona, en efecto, con fuertes multas, entre otras infracciones administrativas, y en su apartado 1.º, letra f, la de realización de excavaciones arqueológicas ilícitas²⁶. Puede haber, además, no ya infracción administrativa, sino delito de daños si se llegan a causar daños con dolo o culpa grave en yacimientos arqueológicos (cfr. arts. 323 y 324 del Código penal de 1995) o delito de apropiación indebida, si hay además apropiación dolosa de lo hallado y concurren los otros requisitos que impone el artículo 253 del propio Código penal. En su caso, se dará también la pérdida del premio legal a que se refiere el artículo 44-4.º de LPHE²⁷. Ni las mencionadas sanciones administrativas, ni los mencionados delitos, requieren,

²⁴ En la Sentencia de la Sala contencioso administrativa, Sección 6.ª, del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1999 se da noticia de unas excavaciones voluntariamente aceptadas, aunque luego el mismo propietario protagoniza un intento infructuoso de oponerse a la expropiación urgente de la Administración. *Aranzadi*, n.º 936.

²⁵ Sobre dichos conceptos puede verse la prolija explicación de ÁLVAREZ ÁLVAREZ en sus *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, 1989, págs. 745 ss.

²⁶ La Ley vigente «tecnifica», además, un concepto muy amplio de «expoliación»: véanse sus artículos 2.1 y 4. En nuestro ámbito, el paro laboral y lo asequible del precio de los detectores de metales han estimulado últimamente en ciertas zonas de nuestro país la vieja práctica de los buscadores de tesoros que ya intentaran desanimar los legisladores romanos. En algunos países del Tercer Mundo, como Perú, se sabe que el saquear tumbas antiguas para proveer a un mercado ilegal internacional de objetos históricos es una práctica bastante generalizada que las autoridades no pueden llegar a controlar o impedir eficazmente.

²⁷ Un caso en el que se discutió esto, aunque en relación a la normativa ya derogada, es el contemplado en la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1993, *Aranzadi*, n.º 3411.

por supuesto, que se haya incoado ya, al producirse las correspondientes infracciones, el expediente administrativo para declarar el yacimiento arqueológico Zona Arqueológica como Bien de Interés Cultural²⁸. El Servicio para la Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil tiene competencias para la persecución de los delitos mencionados.

Si bien se mira, excavación o prospección ilícita es simplemente la que se realiza sin estar estrictamente autorizada, no siendo otra la situación descrita en la parte final del artículo 42-3.º, aunque originada por el suceso casual del hallazgo de objetos arqueológicos. Es siempre ilícita la excavación o remoción de tierras realizada con intención de buscar objetos o bienes de interés arqueológico, haya aparecido ya o no alguno de éstos, y no autorizada por la Administración competente sobre el Patrimonio Histórico Artístico. Aun comunicado inmediatamente a la Administración el hallazgo casual sucedido, parece que sería ilícita (aunque no clandestina) la excavación realizada a continuación sin la preceptiva autorización administrativa, pese al tenor literal del artículo 42-3.º²⁹. De este mismo precepto, y de su relación con el artículo 41, parece deducirse también que si la excavación u obra se hizo con intención diversa de la de buscar hallazgos arqueológicos, y antes de que se produjera el hallazgo casual «interesante», aunque existiese ilicitud de otro tipo (excavación en suelo ajeno sin permiso del dueño; falta de licencia de obras municipal; falta de autorización administrativa para perforar un pozo o para buscar una mina; etc.), ello no impediría el carácter «casual» del hallazgo histórico artístico, siendo de otro tipo las posibles responsabilidades administrativas, civiles o penales del excavador hallador.

Esa parte final del artículo 42-3.º puede relacionarse también con el difícil problema de la precisa delimitación del ámbito o contenido material de un hallazgo; con la duda de hasta qué punto puede tener un hallador un derecho a «terminar de descubrir»³⁰.

²⁸ Véase la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999, en la que los que dañaron el yacimiento quedaron exonerados de responsabilidad penal y administrativa por desconocer los límites de la concreta zona protegida que todavía no había sido declarada Zona Arqueológica. Cfr. *Aranzadi*, n.º 6195.

²⁹ Véase en el mismo sentido ÁLVAREZ ÁLVAREZ, en sus *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, 1989, pág. 777.

³⁰ Derecho que, de existir, habrá de ser mucho más limitado cuando el hallazgo presente interés histórico artístico, que cuando no ocurra así. Véase mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, 1980, págs. 498 a 500. Y véase también la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992, que comento posteriormente, y lo que explico al tratar los hallazgos de inmuebles de interés histórico. Es útil recordar aquí también el formidable hallazgo bajo tierra hace algunos años en Xian, China, de centenares de guerreros de terracota de tamaño natural y alineados en sucesivas filas. Imaginando un caso así en nuestro Derecho y que hubiera un único hallador casual, no parece que el premio del artículo 44-3.º pudiera llegar a extenderse al conjunto de todos los guerreros hallados en el yacimiento.

III. LA CALIFICACIÓN LEGAL COMO DOMINIO PÚBLICO DE LOS HALLAZGOS «INTERESANTES»

El núcleo principal de esta regulación sobre los hallazgos «interesantes» al Patrimonio Histórico Español está contenido en los artículos 42-2.º y 44-1.º a 4.º de la Ley, que voy a transcribir a continuación, antes de iniciar su comentario.

Artículo 42-2.º:

«La autorización para realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos, debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al museo o centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica. En ningún caso será de aplicación a estos objetos lo dispuesto en el artículo 44.3.º de la presente Ley».

Artículo 44:

«1. Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.

2. Una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un museo público.

3. El descubridor y el propietario del lugar en que hubiera sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción.

4. El incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo privará al descubridor y, en su caso, al propietario del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan».

Nótese, en primer lugar, que los hallazgos que el artículo 44-1.º atribuye al Estado se declaran «*bienes de dominio público*» y no, por tanto, al parecer, bienes patrimoniales del Estado (u hoy de la Comunidad Autónoma, según algunas leyes autonómicas, en su caso). En la doctrina se ha defendido tanto que la LPHE aludía a dominio público del Estado como que a dominio público de la Comunidad Autónoma, como que el legislador estatal omitió conscientemente pronunciarse sobre dicho extremo³¹. En realidad, hasta 1985 las adquisiciones de hallazgos de interés histórico-artístico por el Estado suponían para éste la titularidad como bienes patrimoniales de lo adquirido³², lo que ya representaba ciertas prerrogativas de la Administración sobre dichos bienes respecto de los meros propietarios privados (cfr. arts. 8 y siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 y concordantes en otras leyes), y no se acaba de ver por qué el legislador ha pasado a declarar dichos bienes como de dominio público, lo que acaso era en realidad innecesario, sobre todo para los bienes muebles «interesantes». Y obsérvese que tampoco la acción pública del artículo 8-2.º de la LPHE se puede vincular a la noción de dominio público. El estudio de la elaboración parlamentaria del precepto no da razones para esta innovación. Ante la actual redacción del precepto, sin embargo, no se presenta fácil, ni siquiera para los hallazgos muebles, la defensa de una posible interpretación que viese en el artículo 44-1.º una mera declaración de pertenencia al Estado, y como bienes patrimoniales, de los mencionados hallazgos «*interesantes*». La fórmula legal utilizada, al afirmar el «*dominio público*», expresión de significado técnico suficientemente preciso, no parece dejar ningún margen a la interpretación de «*lege lata*».

Debe reconocerse, además, que la idea de inclusión en el dominio público de los hallazgos de interés arqueológico, aparte de tener algún autorizado partidario en la prestigiosa doctrina italiana³³, ha sido acogida con bastante naturalidad por nuestra doctrina³⁴, en la que incluso ha encontrado algunos defensores explícitos, que aceptan como positivo que los hallazgos arqueológicos tengan un *plus* de protección sobre otros bienes «*interesantes*»³⁵. Sin

³¹ Véase, en tal sentido, BARCELONA LLOP, Javier, quien recoge también opiniones en los otros sentidos indicados, en *El dominio público arqueológico*, RAP, n.º 151, 2000, págs. 141 y ss.

³² Véase, en este sentido, BARCELONA LLOP, quien recoge también doctrina sobre la polémica que al respecto había existido, en su obra citada, págs. 133 y ss.

³³ Y ya desde hace mucho tiempo: véanse los autores italianos (BRUGI o BARASSI) que cité en mi mencionado trabajo en la RAP de 1993, pg. 177, nota 14.

³⁴ Véanse, por ejemplo, BASSOLS COMA, Martín, *El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico*, RAP, n.º 114, 1987, pág. 120; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico español...*, 1989, págs. 754-755, 765, 781-782 y 787-788; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La Ley valenciana de Patrimonio Cultural*, 1999, págs. 28 a 30, 106, 142-143, y 150 a 152.

³⁵ ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, aun reconociendo que la LPHE relativiza mucho el elemento teleológico del dominio público, y que en su regulación no persigue propiamente una función

embargo, el carácter de dominio público de los hallazgos arqueológicos, aparte de que se habrá implantado sin efecto retroactivo, es una rareza en el conjunto de la regulación de la LPHE (aunque véase también su artículo 29-1.º), con la que resulta incoherente, puesto que esta Ley ya impone un fuerte y homogéneo intervencionismo administrativo para la protección de los bienes del Patrimonio Histórico Español, inspirado en propios y diversos criterios independientes de la titularidad sobre el bien, y no parece razonable distinguir entre dichos bienes según cuál haya sido el originario título jurídico por el que su dueño (el Estado o la Comunidad Autónoma correspondiente, aquí) haya llegado a adquirirlos (cfr. arts. 26-3.º y 45 LPHE), estando además orientadas todas esas medidas de protección hacia el futuro; hacia la estricta conservación y hacia un cierto uso social del conjunto de los bienes integrantes del mencionado Patrimonio ³⁶. Por eso la doctrina italiana ha teorizado ampliamente, y con amplio eco en nuestro país, sobre la protección administrativa de los bienes culturales como una categoría específica. Y ya expliqué anteriormente cómo por declararse de dominio público estos hallazgos arqueológicos realizados en Zonas Arqueológicas no se produce en principio la eficacia más típica de esta Ley que es la que caracteriza a los Bienes de Interés Cultural o a los bienes muebles Inventariados, eficacia más típica entre la que no está la propia de la dominialización ³⁷. Por eso, también, la Exposición de Motivos de la LPHE no hace la menor alusión al dominio pú-

pública, ni un uso o servicio público, aprueba la dominialización de los hallazgos arqueológicos por el legislador, como una forma de concentrar lo más posible los bienes hallados históricos y arqueológicos en manos de la Administración a los fines conservacionistas de la propia LPHE. Cfr. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, 1994, Tomo 2.º, págs. 347 ss y 364 ss. Y con matices un poco distintos, también BARCELONA LLOP, Javier, propugna una visión pragmática de la aplicación de la noción de dominio público y sostiene que, dada la conocida fragilidad del patrimonio arqueológico, sometido de antiguo a constantes y graves expoliaciones, el legislador estatal decidió recurrir al dominio público como la noción o técnica de protección teóricamente más enérgica de cuantas estaban disponibles. Curiosamente, y en contra de la opinión de ALEGRE ÁVILA, cree que la dominialización no se ha hecho con el propósito específico de excluir la posible propiedad privada de los bienes arqueológicos. Véase su obra citada, págs. 137 a 141.

³⁶ Aunque sin relacionar su explicación con los hallazgos arqueológicos, y reflexionando más en general, ya había señalado la inadecuación de la noción de dominio público para dar con buenas soluciones en materia de protección del Patrimonio Cultural, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*, en REDA, n.º 39, 1983, págs. 582-583.

³⁷ La LPHE establece claramente la transmisibilidad de los bienes «interesantes» declarados de Interés Cultural o Inventariados (arts. 13-1.º, 26-6.º, letra c, 34 y 38), incluso cuando sean patrimoniales de entes públicos, y a pesar de exigir a dichos bienes una singular relevancia y un expediente administrativo para constatarla, y establece excepcionalmente para los bienes de la Iglesia una cuasidominialización (cfr. art. 28), que no llega a ser equiparación auténtica al dominio público. Por lo que resulta poco coherente y sistemático (menos requisitos y efectos más intensos y restrictivos) que los meros bienes «interesantes» adquiridos por el Estado sólo por ser hallazgos arqueológicos sean de dominio público.

blico de los hallazgos arqueológicos y, en cambio, afirma de éstos, como de los demás bienes «interesantes», que se han convertido en «*patrimoniales*» (en el sentido genérico de pertenecientes al Patrimonio Histórico) por el aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido «*revalorizando*» y que, como herencia de la capacidad colectiva de un pueblo (a lo que, insisto, no se vincula la idea de dominio público), deben todos ellos ser puestos al «*servicio de la colectividad*».

La declaración de dominio público de los hallazgos «interesantes» que hace la Ley acaso tiene algún mayor sentido para los hallazgos de inmuebles, en los que quizás podría verse como una técnica que, al asegurar la permanencia del bien para siempre en la propiedad de la Administración correspondiente, facilitara o asegurara la aspiración legal existente, para todos los bienes inmuebles declarados de Interés Cultural, de su mantenimiento en lo posible en su propio lugar y entorno (art. 18 LPHE) y de su sólo muy excepcional posibilidad de eliminación o destrucción (arg. art. 39-3.º LPHE, referido también a ciertos bienes muebles). Pero si el carácter de dominio público del bien podría quizás facilitar el efectivo cumplimiento de estos criterios legales, no veo claro que permitiera afirmar además (irrazonablemente, entonces, según creo), para los hallazgos arqueológicos inmuebles, que la LPHE imponga una absoluta inamovilidad o una absoluta indestructibilidad del bien hallado, con lo que, entonces, sigue sin verse del todo claro, incluso para los inmuebles, el fundamento de la dominialización legal y por qué se excluye de forma absoluta y definitiva, pero sólo en este caso (cfr. arts. 13-1.º, 26-6-letra c, 28, 34, y 38 de la LPHE), la posibilidad del tráfico privado sobre dichos bienes.

Por lo demás, el artículo 8 del Convenio Europeo de Londres de 6 de mayo de 1969 para la protección del Patrimonio Arqueológico imponía a los Estados que lo suscribieron el mantenimiento del lícito comercio de los objetos arqueológicos, recomendando únicamente su Introducción y su artículo 6-2.º, letra c, la conveniencia de sanear el mercado de los objetos procedentes de las excavaciones, a base de restringir el comercio de los objetos procedentes de excavaciones clandestinas o ilícitas. Este Convenio obligaba a España, que lo había ratificado mediante Instrumento de Adhesión de 18 de febrero de 1975 (BOE de 5 de julio de 1975). Y también las Convenciones de la UNESCO de 14 de noviembre de 1970 y de 16 de noviembre de 1972 se centran en impedir el comercio de las propiedades o posesiones ilícitas de bienes culturales. La LPHE parece tener, con todo, preferencia sobre los tratados internacionales, según su disposición adicional 7.ª (aunque véase art. 96-1.º de la Constitución). Pero hay un claro incumplimiento de España del Convenio de 1969, incluso si aceptamos que, por no ser «mercancías», los bienes arqueológicos españoles no caen bajo la directriz general de libre

circulación de mercancías dentro de la Unión Europea, que estableció el Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea (art. 23, ex art. 9).

Este dominio público del artículo 44-1.º de la LPHE es un rígido dominio público sin previsión legal de posible concesión administrativa o de cesión por el ente público titular del uso privativo o de la posesión del bien, lo que parece apuntar a la necesidad de que todos los bienes arqueológicos incluidos en el dominio público (y como se incluyen los carentes de una especial relevancia, puede que acaben siendo demasiados) terminen depositados necesariamente en museos o colecciones públicas (cfr. el art. 45, que apunta a ello más en su espíritu que en su letra, y también el artículo 29-4.º, que parece aplicable por analogía). La duda que puede surgir aquí, siendo siempre limitado el dinero público destinado a cualquier finalidad, es la de si no acabará perjudicando la necesidad de custodiar en muchos y muy amplios museos o almacenes innumerables objetos acaso de muy limitado interés, la posible y preferible existencia y adecuada conservación de Museos Públicos excelentes con valiosos objetos arqueológicos hallados e «interesantes» para el Patrimonio Histórico. Se corre el riesgo de que la protección legal diseñada, por abarcar mucho, apriete poco. Parece tener escaso sentido el que se atribuya al Estado de forma irreversible e irremediable una masa de objetos de los que sólo un pequeño porcentaje podrían efectivamente exhibirse en museos públicos conforme a las aspiraciones esenciales de la LPHE, proclamadas en su propia Exposición de Motivos. La posibilidad de actos administrativos de desafectación de concretos bienes arqueológicos de dominio público sin duda existirá, pero parece que supondrá una flexibilización todavía insuficiente del rígido esquema legal de la LPHE.

En todo caso, este dominio público será siempre, como tal dominio público, insusceptibilidad de que el objeto arqueológico hallado llegue a ser de propiedad privada. El artículo 44-1.º no sólo impide la usucapión de los halladores expoliadores, sino también la de los subadquirentes de buena fe, así como impide adquisiciones «*a non domino*» de los hallazgos arqueológicos tanto muebles (no opera el inciso primero del artículo 464 del Código civil, interpretado en clave «germanista», ni la llamada prescripción instantánea del artículo 85 del Código de Comercio) como inmuebles (no puede operar la fe pública registral del Registro de la Propiedad, aunque el hallazgo inmueble «interesante» haya accedido a dicho Registro)³⁸. Y como corolario de

³⁸ Véase una explicación parecida en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, quien no se muestra crítica con el criterio legal de la dominialización, *La Ley valenciana de Patrimonio Cultural*, 1999, pág. 32.

dicho planteamiento se suele entender que la recuperación de oficio o autotutela administrativa puede ejercerla la Administración sin sujeción al plazo ordinario de un año que rige para los bienes patrimoniales. No cabe negar —y por aquí habría que buscar el posible acierto o fundamento de la concreta dominialización que consideramos— que este resultado tenga algo como de refuerzo de la protección legal que dispensan a los yacimientos arqueológicos las sanciones administrativas o el Código penal. Se habría quizás buscado este refuerzo de protección legal para bienes que se declaran por ley integrantes del Patrimonio Histórico Español, pero que por hipótesis están inicialmente no sólo fuera de la posesión de la Administración, sino incluso fuera del conocimiento de su existencia tanto para la Administración como para la sociedad en su conjunto.

Lo cierto es, además, que en las dos últimas décadas del siglo pasado el legislador ha tendido a una cierta utilización expansiva o excesiva de la noción de dominio público, noción que podría decirse que se ha desdibujado y oscurecido considerablemente con ello ³⁹. Los juristas sabemos bien lo que queremos decir cuando relacionamos esta noción con la de uso público (una calle de una ciudad, por ejemplo) o con la de concesión administrativa (de aguas públicas; de minas; de zona marítimo terrestre; etc.), pero empezamos a tener muchas más dudas cuando el legislador afirma que son de dominio público las ondas electromagnéticas, o los bienes comunales, o las vías pecuarias, o los hallazgos arqueológicos o, acaso, los bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico Español exportados ilegalmente (arg. art. 29-1.º de LPHE). Creo que estos dos últimos ejemplos de bienes de dominio público son una muestra de la moda legislativa aludida y, acaso, en el fondo, una decisión desacertada de nuestro legislador de 1985. Especialmente compleja, discutible y difícil de valorar resulta, como veremos posteriormente, la afirmación legal de que son de dominio público (estatal, en ese caso) los pecios existentes o hallados bajo aguas marinas territoriales españolas.

³⁹ No me convence, por otro lado, la tendencia doctrinal actualmente bastante extendida que pone todo el énfasis en que el dominio público es un título para la intervención administrativa y niega o quita valor al hecho de que sea también una forma de propiedad del ente público titular. Véase un buen estado de la cuestión sobre el dominio público, en la dirección que considero correcta, en SÁINZ MORENO, Fernando, Comentario al artículo 132 de la Constitución, en los *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Óscar ALZAGA, T. 10.º, 2.ª edición, 1998.

IV. HALLAZGOS DE MUEBLES INTERESANTES PARA EL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

1. EL PREMIO LEGAL Y SU FUNDAMENTO EN LOS PRINCIPIOS CIVILES

Gran importancia presenta el número 3 del artículo 44 de la Ley, en que se regula, según creo, la concurrencia de los derechos del Estado sobre los hallazgos «interesantes» con los principios de ocupación y accesión. El legislador, siguiendo el ejemplo del proyecto de ley de la UCD de septiembre de 1981, ha reducido el juego de aquellos principios a la mitad del valor de la cosa hallada casualmente y ha dejado la otra mitad de su valor al Estado sin contrapartida. Solución, por tanto, doblemente salomónica: tanto en la relación Estado-particulares como en la relación descubridor-dueño del lugar, en la que persiste la vieja idea adrianea de la partición del tesoro por mitad. Se rehabilita, por tanto, el juego del principio de accesión en nuestro tema, en la línea de los artículos 5 y 8 de la Ley de 1911, restringiéndolo como entonces sólo a los hallazgos casuales de tesoros «interesantes», principio de accesión del que había prescindido el artículo 40 de la Ley de 1933, aunque se restringe ahora el alcance de este principio restablecido a una cuarta parte del valor de la cosa⁴⁰.

El artículo 44-3.º dice que el descubridor y el propietario del lugar tendrán derecho a la mitad del valor de la cosa «*en concepto de premio en metálico*»; y el artículo 44-4.º insiste en esta terminología de «*derecho al premio*». Sin embargo, vengo manteniendo en todos mis trabajos anteriores, y ratifico en éste, que se trata en realidad de adquisiciones por ocupación y por accesión, puesto que recaen sobre el valor de una parte alícuota de la cosa y se realizan, según la voluntad de la ley, en tanto que «primer ocupante» (primero en descubrir lo oculto) y en tanto que dueño del lugar que durante mucho tiempo contuvo la cosa falta de dueño hallada. La ocupación que funda la adquisición del descubridor es, además, una ocupación propia; no ocupación impura del buscador hallador, puesto que el artículo 44-3.º reconoce la adquisición en el supuesto de hallazgos casuales⁴¹. La calificación como bienes de dominio público que la ley otorga a los hallaz-

⁴⁰ Véase mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 659 y 661.

⁴¹ Véanse las páginas 649 y 662 de mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, en la primera de las cuales explico el concepto de «ocupación impura». De un verdadero premio en sentido técnico se trata en la regulación italiana de los artículos 43 a 50 de la Ley de 1 de junio de 1939, o en el artículo 52.1 de la propuesta de reforma que redacté al comentar el Proyecto de 1981: en ambos casos se fija un premio en metálico que no podrá superar cierta parte alícuota del valor de lo hallado, pero que perfectamente podrá no coincidir con ella. Véanse *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 609 a 611, 652-653 y 662, y *Sobre la anunciada reforma...*, págs. 268-269.

gos «*interesantes*» adquiridos no me parece obstáculo decisivo a esta explicación ofrecida y a la operatividad residual de los viejos principios civiles, puesto que lo que, según ella, se adquiere por ocupación o por accesión es un mero derecho de crédito. Esta explicación mía no ha convencido por ahora a la doctrina, que entiende mayoritariamente que el artículo 44-3.º reconoce verdaderos premios legales, sin relación alguna con la ocupación y con la accesión⁴².

La idea o el término de «premio» aparece en nuestras leyes cuando la Ley de 7 de julio de 1911 introduce por primera vez en nuestro Derecho la idea de una adquisición automática del Estado sobre los hallazgos «*interesantes*». Esta idea hacía innecesaria la expropiación, pero se respetaban todavía mucho los principios civiles y se pretendía respetarlos en el valor de la cosa, como residuo de los principios de ocupación y de accesión, ya con una «*indemnización*» por mitades en favor del descubridor y del dueño del lugar del total valor de la «*antigüedad*» casualmente descubierta (cfr. art. 5), ya, en otros complejos supuestos que no viene al caso recordar, con un «*premio*» por la «*equivalencia de su valor intrínseco*» (valor total del objeto encontrado) o con «*con un quinto del valor referido*» (cfr. art. 6). A premios legales vuelven a referirse, con ese mismo sentido evidentemente, el artículo 80 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y el art. 51-2.º del Proyecto de Ley de la UCD de 1981. De modo que estos claros antecedentes históricos⁴³ no deberían ser soslayados, a la vista del artículo 3 del Código civil.

Por otra parte, en el Código civil, la idea de premio tiene un sentido preciso de compensación legalmente debida, y consistente en un pequeño porcentaje del valor de lo hallado, por la restitución lograda de una cosa extrañada, en el artículo 616, y suele tener un vago sentido de retribución por algún servicio o de contraprestación en otros preceptos (cfr. arts. 520, 1875 y 1923-2.º). De modo que no es decir mucho que descubridor y dueño del

⁴² En la doctrina española, contra lo afirmado en el texto, sostienen que nuestra ley reconoce verdaderos «premios» PANTALEÓN PRIETO; ÁLVAREZ ÁLVAREZ; BENÍTEZ DE LUGO, ALEGRE ÁVILA y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. Véase del primero su explicación en los *Comentarios...* de EDER-SA, tomo VIII, vol. 1.º, 1987, págs. 450 a 452; del segundo *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, 1989, págs. 782, 788 y 796 y ss; del tercero *El Patrimonio Cultural Español* (Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales), Ed. Comares, Granada, 1988, págs. 262 y ss; del cuarto *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, t.2.º, 1994, págs. 369 ss; y de la quinta *La Ley valenciana de Patrimonio Cultural*, 1999, págs. 154-155.

⁴³ Y también la escasa doctrina de que dispuso el legislador al enfrentarse a nuestro tema, que estaba constituida por un trabajo de ÁLVAREZ ÁLVAREZ y por mis trabajos anteriores a 1985 se había referido a una posible reducción del ámbito de los principios de ocupación y de accesión. Cfr. mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 663-664, donde se cita también el trabajo de ÁLVAREZ ÁLVAREZ de 1976.

lugar adquieran según el art. 44-3.º LPHE por un premio legal. El legislador es soberano para denominar premio a lo que quiera, pero unas veces denomina premio a la parte (parte sustancial, normalmente) de la cosa hallada o de su valor que resulta falta de dueño por no darse reclamación de nadie y que se atribuye al hallador o descubridor (y entonces parece razonable calificar eso como ocupación) o al propietario del suelo en cuanto tal (y entonces parece razonable calificar eso como accesión) y otras denomina premio, como en el artículo 616 del Código civil, a la pequeña parte del valor de la cosa hallada que se debe legalmente al restituyente de la cosa hallada y restituida (y entonces parece razonable calificar eso como propio o estricto premio). Ambos sentidos del posible premio son bastante distintos y meterlos indiferenciadamente en un mismo saco no ayuda precisamente a comprender mejor las normas. Incluso hay ocasiones en las que nuestro legislador ha acumulado ambos diversos sentidos del término «premio» (adquisición de cuota del valor de la cosa por el hallador sólo en tanto que restituyente y también la misma adquisición en tanto que hallador por quedar falta de dueño la cosa hallada). Así lo hizo el legislador en los artículos 137 y 139 de la vigente Ley sobre navegación aérea de 21 de julio de 1960; y también en los artículos 20 y 21 de la vigente Ley sobre salvamentos y hallazgos marítimos de 24 de diciembre de 1962 (en la Exposición de Motivos se usa el término «premios», y en muchos otros de sus artículos, aunque no en los 20 y 21). En alguna ocasión también denomina el legislador «premio» a lo percibido por el Estado cuando son barcos de la Administración los que han realizado el auxilio, salvamento o remolque de otro barco (cfr. art. 86-6.º de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). Como indiqué en mi trabajo citado de 1993, la Disposición Final del Reglamento sobre salvamentos y hallazgos marítimos, contenido en el Decreto de 20 de abril de 1967, parece denominar, significativa y acertadamente, «ocupación» al «premio» que concede al hallador, y en cuanto tal, el mencionado artículo 21 de la Ley de 1962. En fin, la Ley catalana 25/2001, de 31 de diciembre, reguladora de la ocupación (junto a la accesión), denomina claramente «ocupación» a las atribuciones legales y automáticas que hace de, respectivamente, la mitad o la cuarta parte del valor de la cosa hallada falta de dueño en los casos del tesoro oculto (aunque elude este nombre tradicional) y de la cosa perdida no reclamada por su dueño al final del plazo de publicidad legal. El legislador catalán acierta al denominar a estos créditos legalmente atribuidos al hallador y en cuanto tal «ocupación» y no «premio».

Lo esencial ha de ser siempre, si no queremos quedarnos en la superficie de las cosas, preguntarse por la «*ratio iuris*» en la que el legislador se apoya

para atribuir una parte del valor de la cosa⁴⁴. Con este planteamiento, que es el que vengo proponiendo a la doctrina en todos mis trabajos anteriores, me parece claro que el legislador ha atribuido el derecho en cuestión al descubridor o al dueño del lugar en cuanto tales y no a quien más haya contribuido a facilitar la intervención administrativa que habrá de organizar el uso social de los bienes hallados «interesantes». No siempre habrá actuación honesta de denuncia a la Administración por parte del descubridor, a pesar de lo cual no dejará de ser él quien reciba la atribución del premio según la ley (por ejemplo, si la Administración no ha sabido por él del hallazgo e incluso si él se ha resistido inicialmente a la entrega; o si es un menor o incapaz y es su representante legal quien denuncia el hallazgo), y a la inversa, quien haya denunciado el hallazgo sin ser descubridor no parece que tenga derecho alguno sobre el valor del hallazgo (por ejemplo, quien denunció la apropiación indebida por el descubridor del hallazgo «interesante»; o quien, habiendo presenciado el hallazgo realizado por otro, se adelantó a denunciar a la Administración el suceso; etc.). Y también parece que sólo desde la lógica de la ocupación, que requiere la licitud, se podría negar el «premio», muy razonablemente, y pese a la letra del artículo 44-4.º, al descubridor buscador ilícito no autorizado por la Administración del Patrimonio que denunciara el hallazgo «interesante». Este descubridor ilícito debería quedar libre de sanciones administrativas o penales, pero es claro que, si el legislador niega el «premio» al buscador descubridor autorizado que también denuncia el hallazgo (cfr. art. 42-2.º), con mayor razón habrá de negárselo al buscador descubridor ilícito. De modo que la mera denuncia a la Administración no tiene la virtud de «sanar» la originaria ilicitud de la ocupación en tal caso y vemos así que la lógica de la ocupación sigue subyacente y operando. La legislación sobre hallazgos «interesantes» se ha referido históricamente siempre, y con acierto, a los derechos del «descubridor». Y acaso hasta cabría afirmar que el espíritu del artículo 44-1.º, 2.º y 4.º indica que el descubridor, aparte de deberes, tiene a la vez una facultad o derecho a ser él mismo quien comunique a la Administración el hallazgo y quien custodie lo hallado hasta su entrega a la misma. Cuando el legislador atribuye «premios» a particulares por denunciar situaciones o por colaborar de alguna manera con la Administración, suele dejarlo claro, como en los artículos 10 y 11 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 1964.

⁴⁴ Lo que formula con gran nitidez, y un tanto contradictoriamente con su explicación sobre el asunto, PANTALEÓN, quien, prescindiendo de la raíz histórica de esta norma del art. 44-3.º y de los principios civiles tradicionales que todavía la inspiran, encuentra lógicamente muchas dificultades para justificar el «premio» al descubridor y todavía más para justificar el «premio» al dueño del lugar. Cfr. en los *Comentarios* de EDESA, 1987, págs. 449 a 452. Los mismos problemas encuentran ALEGRE ÁVILA y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, quienes siguen a PANTALEÓN en esto.

No inspira el precepto del art. 44-3.º de la LPHE ninguna idea jurídica precisa de retribución de un servicio (el supuesto estímulo para colaborar con la Administración a personas anónimas que no son arqueólogos) ni de restitución estricta al perdedor de una cosa, ni en favor del descubridor, ni menos aún en favor del dueño del lugar, sino la mucho más difusa (pero cierta) idea de que descubridor y dueño del lugar (éste por ser dueño de la finca que durante mucho tiempo «custodió» la cosa) han permitido la global «restitución» a la sociedad en su conjunto de algo que durante mucho tiempo estuvo perdido para ella. Pero precisamente esa es una idea tradicionalmente invocada también para justificar la salomónica regulación adrianea sobre el tesoro oculto. Aunque el artículo 44-1.º repudie expresamente la aplicabilidad del artículo 351 del Código civil, lo cierto es que el artículo 44-3.º reintroduce sus mismos principios jurídicos. El art. 44-3.º, que formalmente es la regla general sobre los hallazgos «interesantes», podrá gustar o no y es desde luego discutible *«de iure condendo»*, pero parece claro que se inspira en unas ideas romanas de validez históricamente contrastada, y no en un mero «mimetismo» arbitrario o vacío de contenido. Otra cosa es que, habiendo optado el legislador por reconocer una vigencia residual de los principios civiles, haya mostrado luego bastante desorientación y escaso sentido de la lógica que realmente tienen esos viejos principios civiles, lo que contribuye a oscurecer la interpretación de estos preceptos. Pero esta es una carencia general de la LPHE, Ley evidentemente elaborada en exclusiva por administrativistas a pesar de referirse a una materia fronteriza con el Derecho civil, y con omisiones y alusiones bastante ingenuas en temas civiles o de Derecho privado (como también en lo relativo al Registro de la Propiedad, por ejemplo). Y lo aquí defendido no empece a que pueda el legislador haber tenido acaso en cuenta también, como criterio de política legislativa más que como principio jurídico, la idea de que el reconocimiento de premios legales pueda alejar la tentación del descubridor y del dueño del lugar, muchas veces una misma persona, de ocultar el hallazgo «interesante» y quedarse lo hallado para sí.

Es cierto que tradicionalmente los modos de adquirir la propiedad que son la ocupación y la accesión han venido refiriéndose sólo, lógicamente, a adquisición de la propiedad de cosas, pero también es cierto que en el Derecho codificado del siglo XIX se pretendieron formular unos conceptos y principios jurídicos de gran fuerza expansiva, lo que permitiría extender hoy con provecho dichos conceptos a adquisiciones legales de meros créditos sobre el valor de la cosa, ante nuevas realidades normativas, desconocidas en el siglo XIX, como la coexistencia de dichos principios civiles con la idea de la adquisición legal automática del Estado sobre el conjunto de la cosa implicada. Y no se olvide tampoco que la LPHE no deja de ser, en última instancia, una

«ley especial» frente a la regulación del Código civil, que es el Derecho común (cfr. art. 4-3.º de dicho Código). Y creo que tampoco desvirtúa el razonamiento formulado el hecho de que haya de ser la jurisdicción contencioso administrativa la que conozca sobre los actos administrativos de atribución de los premios *ex art.* 44-3.º de la LPHE. Se trata de actos administrativos reglados y no constitutivos, que se limitan a declarar unos derechos de crédito nacidos *ex lege* y con inspiración última en principios civiles.

El fenómeno de la adquisición del artículo 44-3.º LPHE presenta cierta semejanza con la subrogación real si se entiende ésta en cierto sentido, porque parece que sucede como si la propia ley (puesto que no llega a suprimir los principios de ocupación y accesión, sino sólo su efecto normal) realizase una «*expropiación*» forzosa y automática con transmisión *ex lege* de la propiedad al Estado⁴⁵. Al menos, aunque descubridor y dueño del lugar no llegaron a tener nunca la propiedad, que mal podría entonces haber sido sustituida por otro derecho destinado a ocupar su lugar, sí parece que, privado el Estado (o la Comunidad Autónoma) de la cosa por la reivindicación victoriosa del heredero del dueño originario de lo hallado, tendría derecho a reclamar como saneamiento por evicción el cuarto del valor de la cosa anteriormente pagado a descubridor y dueño del lugar. Y esto porque, aunque las adquisiciones de un crédito por éstos hubieran sido para ellos gratuitas (ocupación, accesión de un bien falto de dueño), habría sido, en cambio, onerosa la causa del crédito adquirido contra el Estado⁴⁶. Y piénsese cómo esta razonable explicación quedaría gravemente dificultada si se partiese de la idea de que el artículo 44-3.º reconoce meramente «premios» al descubridor y al dueño del lugar.

Es indudable, por lo demás, que la precisa clarificación de la regulación legal del Patrimonio Arqueológico debe sin duda mucho, como han advertido los autores que más han profundizado en su estudio⁴⁷, a la dogmática civil

⁴⁵ Lo que hubiera resultado todavía más cierto de haberse mantenido en la vigente Ley la norma del artículo 52.3 del Proyecto de 1981, con arreglo a la cual no «recabando su titularidad» en cierto plazo el Estado, la propiedad de la cosa hallada quedaba para el descubridor y el dueño del lugar. Véase la nota 56 de este trabajo y el texto correspondiente.

⁴⁶ Y ello aparte de que caben otros supuestos en la regulación de la ocupación en que sí se da verdadera sustitución *ex lege* del derecho real sobre la cosa por un crédito sobre su valor, y que podrían considerarse subrogación real si se adoptaba sobre dicha figura un concepto lo bastante amplio. Así, persistencia del derecho del hallador sobre el precio de venta o valor de la indemnización en casos, respectivamente, de subasta pública, *ex artículo* 615.3, de la cosa consignada deteriorable o de destrucción negligente por los funcionarios municipales. Véase *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 652 a 654, y también los párrafos 966, 975 y 979 del BGB.

⁴⁷ Por ejemplo, Juan Manuel ALEGRE ÁVILA y Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. Ambos autores han citado y elogiado tanto mi tesis doctoral de 1980 sobre la ocupación como la monografía sobre el mismo tema de PANTALEÓN PRIETO de 1987, aludiendo a una polémica existente

sobre el concepto de ocupación que en cada caso se quiera tomar como punto de partida.

Por otra parte, la declaración legal de pertenencia al Estado o a la Comunidad Autónoma de objetos «*interesantes*» no debiera haberse hecho para

entre los dos e inclinándose ambos, finalmente, por las tesis de este último autor. ALEGRE ÁVILA, que ha prestado una esmerada atención a todos mis trabajos sobre los hallazgos, incluida la tesis doctoral, aunque reconoce que se siente un tanto impotente para desentrañarla, debido a sus casi 700 páginas y a su «tipografía endiablada» (cfr. pág. 374), en referencia a su letra pequeña y amplia caja, afirma, después de resumir bastante bien mi pensamiento, que PANTALEÓN hizo una «detenida réplica» (cfr. pág. 382) de dicho pensamiento.

No estoy de acuerdo en que PANTALEÓN hiciera una «detenida réplica» de mi pensamiento, que creo criticó este autor con excesivo apresuramiento y sin llegar a enterarse suficientemente del mismo, ni en cuanto a los argumentos aportados por mí para fundamentar el nuevo concepto de ocupación que he propuesto a la doctrina, ni en cuanto a los efectos que suponía dicho concepto para la compleja casuística que se esconde tras los conceptos de ocupación y de hallazgo. PANTALEÓN hizo unos elogios genéricos de mi tesis y me citó profusamente, llevándome la contraria casi siempre, pero, como digo, creo que no había hecho una lectura imparcial, completa y reflexiva de mi libro, y que no discutió cabalmente conmigo mi pensamiento ni en cuanto al porqué de lo que dije, ni en cuanto a las consecuencias concretas de lo que dije. En ese sentido más que una verdadera polémica intelectual, lo que contiene su libro es una falta de toma en consideración seria de mi construcción doctrinal o un rechazo inmotivado de la misma. La explicación más detallada de esto, y donde podrá comprobarse que yo sí hice una lectura completa y reflexiva de su libro, se encuentra en dos pequeños trabajos míos. A saber, mi comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990 en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, n.º 22, 1990, n.º 584; y mi trabajo «*La ocupación explicada con ejemplos*», en el Tomo 1.º del Libro Homenaje a mi maestro, el profesor LACRUZ, 1992, págs. 607 y ss. En mi tesis doctoral había propuesto que se considere que la ocupación es el modo de adquirir la propiedad de cosas o animales vacantes de posesión y faltos de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente y en las condiciones de la ley. Mi propuesta doctrinal sobre un nuevo concepto de ocupación fue aceptada por mi maestro, el profesor LACRUZ, quien puso un resumen de mi pensamiento en el tema correspondiente de la edición de 1979 de sus *Elementos*, y por José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, en su *Curso de Derechos reales*, T. 1.º, 1986, autor éste que hizo en ese lugar unos elogios sin duda desmedidos sobre mi libro. Fuera de estos autores, no conozco ningún otro autor que haya tomado seriamente en consideración mi propuesta doctrinal y que se pueda decir que haya polemizado con ella. PANTALEÓN no ha contestado mis críticas de 1990 y 1992. Por mi parte, más consciente hoy de los defectos y limitaciones de mi libro de 1980, sigo firmemente convencido del acierto de sus proposiciones básicas y de lo correcto de la metodología empleada.

Debe añadirse, además, que las ideas principales de PANTALEÓN que siguen ALEGRE ÁVILA y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, son ideas no originales de PANTALEÓN, sino ideas que llevaban mucho tiempo dichas en la doctrina extranjera o española y que yo había ya recogido y criticado en mi tesis doctoral. Diré, por ejemplo, en relación con la idea de que el descubridor del tesoro adquiere no por ocupación sino en virtud de un premio legal, que dicha idea va frontalmente contra tres afirmaciones tajantes de nuestros legisladores (cfr. la Base 14 de la Ley de Bases del Código civil de 1888 y arts. 610 y 614 del propio Código), afirmaciones tajantes que eran además rigurosamente coherentes con al menos seis siglos de tradición doctrinal. El que piensa que con dichas tajantes afirmaciones nuestros legisladores se equivocaron, sencillamente pienso yo que tiene en su cabeza un concepto de ocupación que no es el de nuestro legislador de 1889, concepto, por cierto, que permite conjugar perfectamente el respeto a la tradición con las más complejas exigencias de la práctica y de la justicia material. En cuanto a la supuesta no necesidad del requisito de la antigüedad para el concepto de tesoro, la afirman la mayoría de los autores, pero ninguno ha aportado, ni va a aportar en el futuro, por razones muy concretas que he argumentado minuciosamente en mi tesis,

todos los descubiertos, sino sólo para los que he denominado «faltos de dueño», en principio por la antigüedad del depósito, requisito incluido en la correcta noción tradicional de tesoro y acaso reforzado aquí por la propia noción de Patrimonio «Histórico» y por la exigencia legal de que los hallazgos arqueológicos deban ser susceptibles de ser estudiados con «*metodología arqueológica*» (cfr. art. 40-1.º), lo que carece de sentido para un hallazgo reciente⁴⁸. Para uno restituible a su actual dueño conocido carece de sentido en efecto aquella atribución legal al ente público, y acaso también para uno consignable *ex* artículo 615 del Código Civil, salvo que el ámbito de esta legislación especial se quiera extender a los hallazgos derelictos y «faltos de dueño» *ex* artículo 615 que, si no susceptibles de estudiarse con «*metodología arqueológica*», si podrán serlo en casos con metodología histórica⁴⁹. Y

un ejemplo convincente de tesoro reciente. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (cfr. obra citada, pág. 132, nota 54) toma de PANTALEÓN el siguiente ejemplo: cosa mueble valiosa abandonada por su dueño, que quedó oculta por acción de las fuerzas naturales, pocos meses antes de ser descubierta. No es convincente el ejemplo. En un tal caso, como el hallador de la cosa preciosa desconocería necesariamente la derelicción, estaría obligado a consignar la cosa *ex* art. 615 y sólo llegaría a conocer su adquisición a los dos años, sin que el art. 615 otorgue ningún derecho, entonces, al dueño del lugar, lo que, aparte de claro en la letra de dicho precepto, es razonable, porque la finca no habría custodiado mucho tiempo la cosa como exige la tradición romanista para que pueda existir tesoro.

⁴⁸ Véase mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 662, y *Sobre la anunciada reforma...*, «REDA» núm. 37, pág. 264. Y véase también ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, 1989, págs. 789 a 791.

⁴⁹ Lo que jurídicamente presentaría cierta lógica. Y obsérvese que el artículo 40-1.º LPHE (y lo mismo el artículo 2 de la Ley aragonesa de 1999 abajo citada) alude expresamente a hallazgos históricos realizados en la superficie del suelo. Véase mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 655-656. A finales de noviembre de 1999, un señor que paseaba por el campo en un pueblo de Teruel encontró en el suelo, prácticamente en la superficie, acaso porque habían aflorado por la erosión del terreno, unas importantes joyas íberas de oro y de plata del siglo III o IV antes de Cristo, cuyo hallazgo denunció, siendo trasladadas inmediatamente a un Museo de Teruel. Véase un amplio reportaje periodístico en el Heraldo de Aragón de 1 de diciembre de 1999. En noviembre del año 2000, Jonathan Díaz, conductor de autobús de origen español pero residente en Francia y de nacionalidad francesa, descubrió en la estación ferroviaria fronteriza (y fuera de servicio desde hace muchos años) de Canfranc, localidad del Pirineo aragonés, unos importantes documentos con detalle del tránsito de 86 toneladas de oro en lingotes (probablemente en parte producto del robo a judíos asesinados) que los nazis habían trasladado por ferrocarril entre 1942 y 1943 con dirección a España y Portugal. Este señor encontró casualmente unos primeros documentos, abandonados y mojados por la lluvia, al lado de unos vagones abandonados en la misma estación, y en un segundo momento encontró, según su propia versión, más documentos en un vertedero del pueblo. El hallazgo tuvo amplio eco en la prensa española y extranjera. El hallador, en un primer momento, se negó a entregar los documentos a RENFE ni a ninguna autoridad española, alegando que él los encontró abandonados. RENFE llegó a interponer en el Juzgado de Primera Instancia de Jaca una denuncia por delito de apropiación indebida de documentos históricos, sin dejar de negociar privadamente con el hallador, quien en la primavera de 2002 ha decidido restituir a RENFE los documentos. No ha trascendido si a cambio de alguna compensación económica, lo que resultaría bastante verosímil. En febrero de 2003 el Juzgado de Jaca archivó la causa penal. El curioso ejemplo, ilustra bien de que, aunque aquí no hubiera hallazgo «arqueológico», y aunque quepa una cierta duda sobre si lo hallado fuera cosa derelicta o cosa perdida por su dueño, lo que parece indudable es que, incluso aceptando lo primero, la legislación protectora del patrimonio histórico

las mismas precisiones requeriría la obligación del descubridor de comunicar el descubrimiento a la Administración competente dentro de ciertos plazos. En cuanto a esto, el legislador ha prescindido de otras posibles innovaciones razonables, como las de la obligación del descubridor de declarar a la Administración todo hallazgo antiguo o tesoro, o la imposición de la misma obligación a todo el que tuviera noticia de un hallazgo «*interesante*» clandestino⁵⁰. El muy genérico artículo 8-1.º de la LPHE es muy dudoso que pueda llegar a fundar dichas posibles obligaciones legales. En fin, con la adquisición automática (o acceso al bien ya antes suyo, si se quiere) por el Estado o Comunidad Autónoma de los hallazgos «*interesantes*» se plantea un problema paralelo al de si sean o no reivindicables las cosas encontradas faltas de un dueño existente adquiridas por ocupación en caso de aparición del heredero del dueño originario o del dueño desconocido inhallable⁵¹.

La interpretación sistemática de los artículos 1-2.º, 40-1.º y 2.º y 44-3.º permitiría afirmar todavía que más que una adquisición automática por el Estado de los hallazgos «*interesantes*» y en el momento del hallazgo se produce una adquisición incluso anterior a dicho momento. Habría de entenderse, entonces, que adquisición (automática) desde que lo oculto antiguo devino falto de dueño por su antigüedad e interesante para el Patrimonio Histórico Español⁵². Pero esta interpretación no presenta diferencias prácticas significativas con la que apunta a una idea de adquisición automática por el Estado en el momento del hallazgo, aunque sí resulte más ajustada que ella a la letra del texto legal⁵³.

tenía algo que decir, imponiendo razonablemente la pervivencia de la propiedad de la Administración española sobre los documentos históricos hallados. O los documentos seguían siendo propiedad de RENFE como cosa perdida o, si habían sido derelictos, como documentos históricos habían pasado a la Comunidad Autónoma de Aragón (cfr. arts. 2 y 69 de la Ley aragonesa 3/1999, de 10 de marzo, que reconocía al hallador el premio legal de la cuarta parte del valor de tasación de lo hallado, repitiendo la solución de los artículos 40-1.º y 44 de la LPHE). La noción de Patrimonio Documental (art. 49-3.º de LPHE) parece que debía quedar aquí desplazada por la más concreta de hallazgo de interés histórico.

⁵⁰ Dichas posibles reformas, que yo había sugerido, hubieran sido coherentes con el espíritu del artículo 8-1.º de la Ley vigente. Véase *Sobre la anunciada reforma...* citado, pág. 264.

⁵¹ Véase *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 656, 356 y ss., y págs. 550 y ss.

⁵² Aquí la ley vigente sigue el Proyecto de 1981 (artículo 51.1). Véase mi trabajo *Sobre la anunciada reforma...*, pág. 263. Creo que va contra la letra de la Ley y contra su sentido razonable la idea de BARCELONA LLOP, Javier, de que el dominio público establecido por la Ley no puede extenderse a cosas no conocidas o no localizadas aún. Véase *El dominio público arqueológico*, RAP, n.º 151, 2000, pág. 154.

⁵³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, sostiene que los hallazgos «*interesantes*» se hacen de dominio público desde el momento en que se descubren. Cfr. Comentario a los artículos 609 y siguientes, en los *Comentarios* de EDERSA, 1987, págs. 447-448.

2. VALORACIÓN Y COMENTARIO DEL ARTÍCULO 44-3.º DE LA LPHE.

Volviendo al régimen jurídico del art. 44-3.º de LPHE, la propiedad del hallazgo «*interesante*» pertenece desde el principio al Estado (o a la Comunidad Autónoma) y se nos dice que como dominio público, y descubridor y dueño del lugar sólo adquieren, cada uno de ellos, un crédito por una cuarta parte del valor del mismo.

Por lo demás, el precepto no está redactado con claridad, porque podría también entenderse, aunque sería entonces reiterativo, en el sentido de que propietario del lugar y descubridor tienen derecho, cada uno, a la mitad del valor de la cosa, siendo este último distribuido entre ellos por «*partes iguales*» o mitades⁵⁴. Pero esta interpretación forzaría considerablemente la letra del precepto y desconocería los antecedentes inmediatos del mismo. Tampoco es acertada la redacción del inciso final del precepto, con arreglo al cual «*si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción*». Esta «*igual proporción*», puesto que se debe mantener un equilibrio entre los principios de ocupación y accesión, pienso que debe entenderse como igualdad entre los codescubridores o copropietarios en el reparto de su cuarta parte del valor de la cosa (para los copropietarios igualdad o proporcionalidad a sus cuotas, según los casos), y no como distribución «*en partes iguales*» entre propietario y varios codescubridores o entre descubridor y varios copropietarios⁵⁵.

En otro sentido, el artículo 44-3.º adopta un sistema de adquisición automática por el Estado, sin el carácter atenuado que presentaba esta fórmula en el proyecto de Ley de septiembre de 1981⁵⁶. Se abandona el criterio últimamente vigente desde 1933 de opción de adquisición (expropiación) para el Estado sobre los hallazgos de interés histórico-artístico⁵⁷. El artículo 44-3.º

⁵⁴ Esta interpretación ha sido acogida, aunque sin argumentación alguna, por la bastante deficiente sentencia de la Sección 3.ª, Sala 3.ª, del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992, *Aranzadi*, n.º 560.

⁵⁵ Esta última interpretación del precepto, que prescinde de los principios civiles y que no me convence, proponen, en cambio, PANTALEÓN y ALEGRE ÁVILA. Cfr. del primero los *Comentarios* de EDERSA, 1987, págs. 451 y 453; y del segundo *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, T. 2.º, 1994, pág. 418.

⁵⁶ Su artículo 52.3 establecía que si el Estado no recababa en cierto plazo la titularidad del objeto «interesante» descubierto, el descubridor (el descubridor y el dueño del lugar, hubiera debido decir) adquiría la propiedad del objeto. Véase sobre el tema *Sobre la anunciada reforma...*, pág. 265, y *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 663.

⁵⁷ Criterio plasmado en el artículo 40 de la Ley de 13 de mayo de 1933, y, antes, en el párrafo 3.º del artículo 351 del Código Civil, precepto que impuso este criterio hasta la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1911, que en su artículo 5 lo cambió para los hallazgos casuales por el de adquisición automática del Estado.

deroga, en fin, no sólo los artículos correspondientes de las Leyes de 7 de julio de 1911 y 13 de mayo de 1933, ambas mencionadas en la tabla de derogaciones expresas de la Disposición derogatoria de la Ley, sino también, sustancialmente, el artículo 80 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa. Deroga estos artículos en el sentido de que, al existir ahora adquisición automática y legal por el Estado de los hallazgos «interesantes», no se requiere ya propia adquisición mediante expropiación de los mismos, lo que acaso no obsta para que en el procedimiento de cálculo o tasación de dichos hallazgos, a los efectos del pago del «premio» legal del artículo 44-3.º LPHE, se deba seguir el procedimiento específico fijado en el artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Por otra parte, ofrece graves dificultades al intérprete la determinación del ámbito de la norma contenida en el artículo 44-3.º de la Ley, que a estos efectos debe integrarse con el inciso final del artículo 42-2.º.

Ante todo, y como veremos con mayor detenimiento en un siguiente epígrafe de este trabajo, el artículo 44-3.º plantea la grave duda de si es o no aplicable a los hallazgos de bienes inmuebles interesantes para el Patrimonio Histórico Español, incluyendo en ellos a estos efectos las cuevas con pinturas rupestres.

En cuanto al ámbito del precepto respecto de los hallazgos de bienes muebles «*interesantes*», la letra de la Ley lo delimita, muy tajantemente, en los artículos 44-3.º y 42-2.º *in fine*, como comprendiendo todos los supuestos de dichos hallazgos, excepto los realizados mediante búsquedas autorizadas por la Administración responsable del Patrimonio Histórico. Habría aquí una típica relación entre regla y excepción y la regla general sería formalmente, aunque no sustancialmente (las excavaciones arqueológicas legalmente autorizadas hay que suponer que serán las más frecuentes), la atribución de premios legales por ocupación y por accesión.

Pero, entendido así el precepto, literalmente reconocería inicialmente (cfr. art. 44-4.º) la adquisición por «ocupación» al descubridor ilícito no autorizado por la Administración del Patrimonio, mientras se la negaría al descubridor autorizado por ella, lo que es absurdo e inclina a pensar que el ámbito del artículo 44-3.º se quiso circunscribir al supuesto de los hallazgos casua-

Vigente la Ley de 1933, se produjo el famoso caso del hallazgo de la Dama de Baza, que fue resuelto, en forma poco satisfactoria, por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 y de la Sala 5.ª del propio Tribunal de 10 de febrero de 1987. La primera de dichas sentencias fue comentada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ en un trabajo en la Revista de Derecho Privado del año 1976, págs. 569 y ss.; y por mí en todos mis anteriores trabajos citados en la nota 1.ª.

les. Con dicha acotación, podría afirmarse que los premios tenderían a estimular la colaboración de los halladores casuales y que los descubridores ilícitos nunca tendrían derecho a ellos. Sin embargo, aun con esta corrección interpretativa, subsisten los problemas, porque no es descartable que el excavador ilícito sin embargo denuncie a la Administración el hallazgo «interesante» (y según esa lógica acaso debería merecer el premio: cfr. art. 44-4.º); y porque de la limitación del artículo 44-3.º a los hallazgos casuales debería deducirse, entonces, el no funcionamiento de la «accesión» a favor del dueño del lugar en los casos de descubrimiento por hallador no autorizado, siendo que dicho funcionamiento no sería, en cambio, tan absurdo (el dueño del lugar no es culpable de la falta de autorización del descubridor) y estaría además amparado por la letra de la Ley (no excluido por la excepción del art. 44-2.º *in fine*). La dificultad de admitir el funcionamiento de la «accesión» en este caso sería tan sólo una cierta incoherencia con que se admitiera en el mismo y no en el supuesto de descubrimientos lícitos autorizados (art. 42-2.º, *in fine*); incoherencia que ciertamente está en esta defectuosa regulación y que acaso no es fundamento suficiente para excluir aquella otra adquisición por «accesión». Y también parecería interpretación bastante forzada (aunque acaso justa) del artículo 44-3.º la de que en los supuestos de hallazgo realizado por buscador o excavador arqueológico no autorizado por la Administración responsable del Patrimonio (o sea, hallazgo no casual, pero no incluíble literalmente en la excepción del art. 42-2.º, *in fine*) percibiera su «premio» legal por accesión sólo el dueño del lugar y no, en cambio, el ilícito excavador hallador, por la ilicitud de su «ocupación». Recuérdesse que se deduce del artículo 43 que la autorización administrativa para hacer excavaciones arqueológicas no permite prescindir en línea de principio de la autorización de la excavación también por el dueño del lugar y hasta ésta podría faltar en algún supuesto⁵⁸.

⁵⁸ Tal ocurrió precisamente en el caso del hallazgo del Gran Bronce de Botorrita en las afueras de Zaragoza en octubre de 1992, caso que ha sido resuelto por la Sentencia 76/1999, de 16 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y que está en estos momentos recurrida ante el Tribunal Supremo.

Esta Sentencia ha confirmado resoluciones administrativas de la Comunidad Aragonesa rechazando el premio *ex* art. 44-3.º LPHE que habían solicitado los copropietarios de la finca en la que fue descubierto el Gran Bronce de Botorrita (bronce con valiosísimas inscripciones íberas). Los copropietarios de la finca invocaban que el hallazgo había sido casual, pues había sido hallado por un empleado municipal al allanar con una trailla terrenos próximos al yacimiento de Contrebia Belaisca que se creían erróneamente municipales y que se pensaban acondicionar como aparcamiento para coches de los futuros visitantes del yacimiento. Además, alegaban que incluso sin reconocerse como casual el hallazgo tenían derecho al premio a la vista de la letra del artículo 44-3.º LPHE; que ellos no habían autorizado trabajo alguno en su finca y que no tenía por qué perjudicarles el error de la Administración al considerar como municipales los terrenos de su finca; y que el fundamento del derecho al premio legal era la accesión y no la casualidad, fundamento éste que resultaría demasiado pobre y arbitrario. La Sentencia del TSJA rechazó estos sólidos

Parece, por tanto, que el legislador quiso limitar el alcance del artículo 44-3.º a los hallazgos casuales de bienes «*interesantes*», pero que no supo hacerlo, y que acaso cabe defender la parcial aplicabilidad del precepto a algún supuesto de hallazgo no casual (el de buscador hallador extraño no autorizado por la Administración responsable del Patrimonio, precisamente), al menos en cuanto a lo que se refiere al premio legal al dueño del lugar⁵⁹. Además, y en esta línea aludida, según ya indiqué, el amplio concepto legal de hallazgos casuales «*interesantes*» parece incluir el de los sucedidos en excavaciones ilícitas en el sentido de que a un excavador que no busque hallazgos arqueológicos, le falte la autorización administrativa necesaria de una Administración distinta de la que sea responsable del Patrimonio Histórico (licencia de obras municipal, por ejemplo). Así que, al menos, la interpretación menos mala de estos defectuosos preceptos habría de limitar el artículo 44-3.º a los hallazgos casuales «*interesantes*», entendida esta expresión en el amplio sentido a que se acaba de aludir. Y llevar en ciertos casos el ámbito del precepto un poco más allá de los hallazgos casuales, a la vista del artículo 44-2.º y de su carácter de excepción (cfr. art. 4-2.º del Código civil), también parece defendible en el supuesto y sentido explicados.

Por lo demás, comoquiera que se resuelvan estas difíciles dudas planteadas, conviene también notar que el artículo 42-2.º *in fine* parece excluir, discutiblemente, incluso el premio legal del dueño del lugar que hubiera admitido voluntaria y gratuitamente las ajenas excavaciones realizadas y administrativamente autorizadas, y, en general, el desacertado criterio adoptado por el legislador en dicho precepto tanto por lo que se refiere al tratamiento de la ocupación como por lo que hace al de la accesión.

argumentos, muy discutiblemente, desde la consideración de que el hallazgo no había sido casual (prefirió la Sala la versión de la directora de la excavación arqueológica, autorizada administrativamente, de que el Bronce había aparecido en los terrenos del futuro aparcamiento de automóviles al realizar una «cata» exploratoria), y de que el artículo 44-3.º va indisolublemente unido al concepto de hallazgo casual y a la idea del estímulo legal a los halladores casuales. La Sala hace también una genérica declaración de que del artículo 43 LPHE sólo se deriva que a los copropietarios de la finca les restaban las acciones pertinentes por la falta de expropiación de su finca, finca que declara incluida en el ámbito de la autorización administrativa de la excavación del yacimiento (parece que los términos de este ámbito territorial eran sumamente difusos en realidad). Por las razones explicadas en el texto, esta Sentencia me parece poco convincente. Llega a una conclusión quizás defendible desde la discutible valoración de la prueba que acepta (aplicabilidad de la excepción del artículo 42-2.º, *in fine*, al supuesto), pero a través de un razonamiento carente de base normativa, al conectar el «premio» legal sólo a los hallazgos casuales, frente a la clara regla general del artículo 44-3.º de la LPHE.

⁵⁹ Lo que ya parece más difícil de sostener, aunque también sea planteable, es que en dicho supuesto, siguiendo la lógica del Código civil, y por falta de «casualidad», el premio del dueño del lugar pudiera extenderse desde la habitual cuarta parte del valor de la cosa a la mitad del valor de la misma. Parecería ello contradecir la tajante exclusión expresa del artículo 351 del Código civil que realiza el artículo 44-1.º de la LPHE.

En efecto, en cuanto a lo primero, recuérdese que la regulación anterior del tema reconocía el pleno juego de la ocupación sobre el total valor de la cosa en este mismo caso del descubrimiento no casual autorizado⁶⁰. Con este precedente el legislador pasa ahora a negar toda relevancia a la ocupación en dicho supuesto y a reconocer, en cambio, una relevancia del mismo principio por un cuarto del valor de la cosa en los supuestos de hallazgos casuales. Parece criticable: puestos a mantener alguna relevancia del principio de ocupación, hubiera sido preferible reconocerla igual o incluso superior⁶¹ en favor del hallador buscador autorizado que en favor del hallador casual, y mucho más si, como hace nuestro legislador, no se reconoce ningún derecho al abono de los gastos realizados en la excavación a dicho buscador hallador abocado a descubrir para que adquiera el Estado. El legislador, parece que con escasa conciencia de la complejidad de estos temas, vuelve a la más extrema aplicación de la idea de que el tesoro es un don de la fortuna y establece una regulación que parece renunciar a cualquier estímulo a la iniciativa privada o a cualquier mecenazgo en las excavaciones, como si supusiera que éstas en el futuro habrán de ser realizadas casi necesariamente por la Administración. O quizá presuponía el legislador que el descubridor autorizado será muchas veces beneficiario de subvenciones u otras ayudas (cfr. arts. 67 y 69-2.º, entre otros, de la LPHE)⁶². Particularmente desafortunada resulta la solución adoptada respecto de los buques antiguos u otros objetos hallados hundidos en aguas territoriales españolas, dado el alto costo de la arqueología submarina.

Y también resulta criticable el artículo 42-2.º en cuanto al tratamiento del principio de accesión, ya que no parece justificado el distinto trato otorgado al dueño del lugar, según sea o no casual el hallazgo realizado por el descubridor. Puestos a mantener la relevancia en nuestro tema del principio de accesión (que había dejado de ser aplicable a los hallazgos de muebles «*interesantes*» en la legislación anterior de 1933), era más racional asignar al dueño del lugar por accesión una cuota parte fija, sucediese el descubrimiento realizado por él mismo o por un extraño, por casualidad o mediante búsque-

⁶⁰ En tal sentido, el artículo 40 de la Ley de 13 de mayo de 1933. Véase, al respecto, mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 662.

⁶¹ Así lo había propuesto yo en *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 664. Una afirmación contraria a la que hago en el texto puede verse en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre Patrimonio Histórico Español*, 1989, pág. 788. Afirma, por otra parte, este autor, sin base alguna en la Ley, que los investigadores que no retengan lo hallado de propiedad del Estado, tendrán un derecho de reproducción de los objetos. Véase su obra citada, pág. 773.

⁶² ALEGRE ÁVILA, desde una interpretación que prescinde por completo de la incidencia residual que en nuestro tema conservan los principios civiles, se muestra, en cambio, conforme con este planteamiento tan estatalista de la Ley, acaso poco coherente con nuestra sociedad liberal. Cfr. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, T. 2.º, 1994, págs. 410-411 y 428.

das, autorizadas éstas o no, y estando administrativamente autorizadas, tanto se realizase la excavación con ocupación temporal expropiatoria como si consentida por el dueño del lugar⁶³.

El artículo 44-1.º establece un plazo genérico de treinta días para que el descubridor comunique su hallazgo a la Administración, mientras que obliga a hacer esa comunicación «*inmediatamente*» si el hallazgo es casual. Pero la justificación de tan notable diferencia en los plazos, si es que existe, parece que ha de ser la existencia de una cierta posibilidad de control por la Administración de las excavaciones que previamente ha autorizado y para las que serán más difíciles, por ello, las actuaciones fraudulentas de los interesados. Y siendo esto así, parece que la obligación de comunicación inmediata a la Administración debe regir no sólo para los hallazgos casuales, sino también para los realizados por buscadores no autorizados. A éstos les será aplicable también, como a los demás descubridores casuales o autorizados, el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 44-2.º, aunque no las obligaciones adicionales establecidas en el artículo 42-2.º sólo para los descubridores autorizados.

Obsérvese también, en otro sentido, que literalmente el artículo 44-1.º sólo impone la obligación de comunicar el hallazgo al descubridor y no al dueño del lugar que esté al corriente del mismo, que es quien con frecuencia, en la práctica (y necesariamente si es un hallazgo inmueble), retiene la posesión de las cosas halladas⁶⁴.

El artículo 44-4.º de la Ley establece que el descubridor que incumpla sus obligaciones de comunicar el hallazgo a la Administración y custodiarlo o entregarlo a un museo público, perderá el «*derecho al premio*»: en realidad pierde su adquisición por ocupación, constituyendo el precepto una manifestación del fenómeno general de la incidencia de la ilicitud de la ocupación (modo de adquirir al que la ley pone requisitos), produciendo la exclusión de su efecto adquisitivo normal (sanción civil)⁶⁵. Por esa razón, como vimos,

⁶³ Así lo había propuesto yo en mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, 1980, pág. 662 y 664. ALEGRE ÁVILA, en cambio, desde su interpretación que cercena toda relevancia de principios civiles en nuestro tema, critica esta propuesta mía que buscaba la coherencia legal en el tratamiento del principio de accesión. Cfr. su obra tantas veces citada, págs. 414-415.

⁶⁴ Según ÁLVAREZ ÁLVAREZ el propietario del lugar tendrá la obligación de comunicar el hallazgo a la Administración desde que se haya enterado de la existencia del hallazgo. Véanse sus *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, 1989, pág. 794. ALEGRE ÁVILA sostiene también que el dueño del lugar tiene un deber de comunicar el hallazgo, pero cree que subsidiario del que corresponde al descubridor. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, T. 2.º, 1994, págs. 419-420.

⁶⁵ Además de producir la falta de justo título a efectos de impedir la usucapión ordinaria. Véase sobre el tema el artículo 52.2 del Proyecto de 1981, y *Ocupación, hallazgo y tesoro*, páginas 472 y ss., 573, 576 y 669 a 672; también mi trabajo *Sobre la línea divisoria entre la ocupación y la accesión*, «*RCDI*», 1982, núm. 550, pág. 729, nota 4.

parece que pierde su derecho al premio, más allá de la letra del artículo 44-4.º, el hallador excavador ilícito sin autorización de la Administración responsable del Patrimonio, probablemente aunque denuncie después (acaso por evitarse sanciones) su hallazgo «interesante» a dicha Administración. Razonable conclusión que sólo se extrae desde la lógica de la ocupación y por consideraciones sistemáticas (cfr. art. 42-2.º *in fine*), pero no desde la letra del artículo 44-4.º. Con todo, cuando la excavación no fuese arqueológica por su finalidad (obra pública o privada; búsqueda de aguas subterráneas o de minas; etc.), pero sí ilícita en sí, por falta del permiso del dueño de la finca o de autorizaciones administrativas de otra índole, parece que, siendo «casual» dicho hallazgo, debería subsistir, junto a otras posibles responsabilidades del excavador ilícito, su derecho al premio legal y, con mayor razón todavía, el derecho al premio legal del dueño del lugar, siempre que se cumplieran temporáneamente las obligaciones mencionadas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 44.

Por lo demás, el incumplimiento por el descubridor de sus obligaciones le priva del «premio» a él «y, en su caso, al propietario». ¿Qué quiere decir con ello el artículo 44-4.º? ¿En qué casos pierde el propietario su adquisición por accesión? Una interpretación posible sería la de referir la expresión «en su caso» a los supuestos en que el dueño del lugar no fuese quien descubriese y entender, por tanto, que en todo caso en que podría haber jugado el principio de accesión quedaría éste excluido si el descubridor incumplía sus obligaciones legales. Esta interpretación es probablemente la más acorde con la mente del legislador, pero es evidentemente injusta, porque priva de un derecho a una persona por la actuación ilícita de otra, actuación que incluso puede ser totalmente desconocida por la primera. Esta insatisfactoria consecuencia nos puede persuadir de que debe ser también defendible otra interpretación más forzada de este precepto: la de que el «en su caso» se refiera a los supuestos en que el dueño del lugar aparezca como «cómplice» de la ocultación realizada por el descubridor, o incluso que se refiera —aunque ello encajaría mal con la letra de los artículos 44-1.º y 2.º— a los supuestos en que el dueño del lugar incumplió una propia obligación de comunicar el hallazgo a la Administración. Recuértese de nuevo, a falta de mejor fundamento para la existencia de dicha obligación, el artículo 8-1.º de la LPHE.

El artículo 44-5.º excluye expresamente el juego de los principios de accesión y de ocupación —así debe entenderse el precepto— para los supuestos de «hallazgos» de «partes integrantes de la estructura arquitectónica» de inmuebles incluidos en el Registro de Bienes de Interés Cultural, pareciendo pensar en partes del inmueble que, puesto que han de ser susceptibles de hallazgo, se habían separado y alejado por alguna razón del resto del inmueble.

ble «interesante» (cfr. art. 14-1.º LPHE)⁶⁶. Cuando se trate de tales hallazgos recientes, dicha excepción resulta obvia porque serían objetos restituibles a su dueño actual conocido y no bienes faltos de dueño, únicos a los que debe referirse el artículo 44. Y cuando se trate de hallazgos antiguos, el supuesto resultaría bastante extraño y probablemente implicará también una restitución al dueño (antiguo) conocido impuesta por la Ley, excluyendo el juego de los principios de ocupación y de accesión. Incluso cabría pensar que este extraño precepto, sobre el que apenas ha reflexionado la doctrina, estuviera contemplando el descubrimiento de algún sótano o parte subterránea de un edificio «interesante» no separados del mismo, pero que hubieran permanecido desconocidos hasta su descubrimiento (cfr. art. 11-2.º LPHE). No parece contemplar el precepto meros muebles que hubieran formado parte antiguamente del contenido del inmueble «interesante» (cfr. art. 27 de LPHE).

En fin, la exclusión expresa del artículo 351 del Código Civil que realiza el inciso final del artículo 44-1.º parece más bien innecesaria, siendo evidente que estamos en presencia de una regulación especial, que necesariamente ha de excluir la más general.

V. TESOROS Y OTROS RESTOS DE BUQUES HUNDIDOS EN EL MAR

1. PECIOS EN AGUAS BAJO JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

A. Hallazgos comunes y hallazgos «interesantes» hasta la LPHE

El artículo 40 de la Ley de 25 de junio de 1985 declara pertenecer al Patrimonio Histórico Español bienes «*interesantes*» que estén «*en el mar territorial o en la plataforma continental*»⁶⁷, y con fórmula diversa, que permitiría

⁶⁶ En la versión originaria de este precepto, que es la del artículo 51.3 del Proyecto de 1981, y que se mantenía todavía en el Proyecto de 1984, la excepción que en el mismo se establece venía limitada a los casos en que el propietario del inmueble de interés cultural lo restaurase íntegramente a sus expensas.

⁶⁷ El mar territorial es una zona del mar adyacente a las costas de 12 millas náuticas de anchura y en la que el Estado ejerce jurisdicción o soberanía sobre el agua, el lecho y el subsuelo. Se regula en los artículos 2 y siguientes de la Convención de Montego Bay de 1982; Ley 10/1977, de 4 de enero; y por el artículo 132-2.º de la Constitución, de defectuosa técnica. La plataforma continental, concepto codificado o impuesto por la Convención de Ginebra de 1958, aunque mantenido por la Convención de Montego Bay de 1982 (arts. 55 y ss.), es una zona submarina adyacente a las costas y de 200 millas náuticas de anchura, en la que el Estado ejerce su soberanía en cuanto a los recursos naturales del lecho y del subsuelo. La Zona Económica, concepto introducido por la Convención de 1982, es un concepto bastante similar al anterior, que implica similares competencias del Estado costero también, normalmente (y así en nuestro país), sobre una franja del mar

incluir acaso los bienes situados en el fondo de ríos, lagos o pantanos, el artículo 15-5.º se refiere a los bienes situados «*bajo las aguas territoriales españolas*»⁶⁸. Este artículo 40, el artículo 44-3.º, estudiado en lo precedente, y los demás artículos concordantes de la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español, deben integrarse y ponerse en relación con la regulación genérica de los hallazgos realizados en aguas del mar (aguas de jurisdicción española o no, según los casos), que está contenida en la Ley de 24 de diciembre de 1962 y su Reglamento dado por Decreto de 20 de abril de 1967. Es esta última regulación considerablemente extensa y está bastante bien pensada y redactada, siendo, por todo ello, de compleja explicación su articulación con los preceptos de la Ley de 1985, que estoy comentando⁶⁹.

La parte de la Ley de 1962 que aquí nos interesa se basa en la distinción fundamental entre «*hallazgos*» y «*extracciones*», dedicándose a los primeros el capítulo III de la Ley y a las segundas el capítulo IV de la misma. Coincidente más bien con la segunda de dichas nociones, debe mencionarse también la de «*pecio*», término con el que los especialistas en Derecho marítimo suelen designar los buques hundidos bajo las aguas del mar y los restos de esos mismos buques⁷⁰.

En el Derecho español se entendía tradicionalmente que el dueño de un barco hundido o de su carga conservaba siempre su propiedad, y que este

adyacente a la costa de 200 millas náuticas de anchura. Se regula por la Ley 15/1978, de 20 de febrero, Ley que no se refiere a las costas mediterráneas españolas, por lo que para éstas rige el concepto hoy residual de la plataforma continental. Cfr. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, *Voz Derecho del mar*, en la Enciclopedia Jurídica Básica de Cívitas, Tomo 2.º, 1995, págs. 2266 y ss. Y MESEGUER SÁNCHEZ, José Luis, *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del mar*, Madrid, 1999, 380 págs.

⁶⁸ Esa era también la fórmula utilizada en el artículo 40 del Proyecto de ley de 3 de abril de 1984, que fue modificada por el legislador. El art. 41 de la LPHE también utiliza por dos veces la amplísima expresión de «*remociones en medios subacuáticos*». Véase el artículo 20 del Decreto de 25 de septiembre de 1969, regulador del ejercicio de actividades subacuáticas, en que se alude conjuntamente a los hallazgos de interés histórico-artístico, tanto realizados en aguas del mar como en aguas del interior.

⁶⁹ Bastante poco aporta al esclarecimiento de este difícil tema la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1988, cuyos hechos iniciales, el descubrimiento de un pecio en las costas de Almería, son anteriores a la vigencia de la LPHE. El Alto Tribunal acepta la denegación de la autorización de la excavación a los descubridores por parte de la Administración responsable del Patrimonio por la falta de cualificación como arqueólogos de los solicitantes y por su falta de relación con algún Centro Oficial. La Sentencia ni siquiera menciona la Ley de 1962, ni aclara si la enbarcación hundida descubierta era un pecio antiguo o reciente, lo que hubiera sido relevante respecto de su posible interés para el Patrimonio Histórico. Cfr. *Aranzadi*, n.º 7769.

⁷⁰ Según FARIÑA, Francisco, y ALFÍN Y DELGADO, Felipe, el término «*pecio*» vendría del bajo latín «*petius*», y éste, a su vez, de la voz *pittacium*: pedazo. Véase su libro *Nueva ley sobre salvamentos y hallazgos en el mar*, Madrid. 1964, pág. 177. Y para mayores precisiones sobre la noción de «*pecio*», véase de ALFÍN Y DELGADO, Felipe, su libro *El mundo submarino y el Derecho*, Madrid, 1959, págs. 87 a 90.

derecho quedaba bajo las reglas del Derecho común y bajo el principio de la autonomía de la voluntad, de modo que dicho derecho circulaba en el tráfico y resultaba transmisible *inter vivos o mortis causa*. Así las cosas, sucedía a veces que al iniciar un expediente de recuperación de un barco hundido desde tiempo inmemorial aparecían diversas personas que alegaban derechos reales o de crédito sobre los pecios, ya como compradores, donatarios, herederos, compañías aseguradoras..., etc. Dicho planteamiento ha sido sustancialmente modificado por la Ley de 1962, que tiende a atribuir al Estado los pecios faltos de dueño (y con una noción muy laxa de la que suelo denominar «*falta de dueño*», además, aquí), conectando, por lo demás, con una recia tradición en ese sentido que, a través de derechos regalianos y señoriales durante el Derecho intermedio, alcanza los derechos sobre los pecios faltos de dueño del Fisco Imperial romano.

Las normas históricas del Derecho español sobre recuperación de barcos hundidos no habían tenido, hasta esta Ley de 1962, carácter sistemático ni una concepción global como la de esta Ley, habiendo respondido en ocasiones al designio de extraer buques hundidos en los puertos o en sus inmediaciones y que se habían convertido en potenciales obstáculos para la libre navegación. Entre las normas de nuestro Derecho histórico que se han ocupado de la recuperación de barcos hundidos merecen citarse la Instrucción de 4 de junio de 1873; el Real Decreto del Ministerio de Fomento de 21 de marzo de 1882; el capítulo III del Título Adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 10 de julio de 1925 (la vigencia de este capítulo III fue expresamente salvada por el artículo 1.072 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, que derogó el resto del Título Adicional), la Ley de Puertos, de 19 de enero de 1928, y su Reglamento, de la misma fecha; el Real Decreto-Ley de 17 de junio de 1929, y la Orden Ministerial de 9 de julio de 1947⁷¹. En un sentido algo distinto deben considerarse también las reglas de los artículos 840 y siguientes del Código de Comercio sobre los naufragios.

Pero veamos qué sentido tiene la contraposición entre «*hallazgos*» y «*extracciones*» en la mencionada Ley de 1962, cuya vigencia ha sido mantenida expresamente por las Leyes de Costas de 1969 (art. 12) y de 1988 (disposición final primera), por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presu-

⁷¹ Sobre todos estos antecedentes históricos resumidos relativos al régimen jurídico de la recuperación de barcos hundidos y sus restos, véanse ALFÍN Y DELGADO Felipe, *El mundo submarino y el Derecho*, 1959, págs. 93 y 133 y ss.; FARIÑA, Francisco y ALFÍN Y DELGADO, Felipe, *Nueva ley sobre salvamentos y hallazgos en la mar*, 1964, págs. 172 y ss. y 190 a 204. Pueden consultarse, también, de GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA J. M., *Legislación española de hallazgos marítimos y recuperación de buques*, Madrid, 1952, y del mismo autor, *Ley reguladora de los salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas*, Ed. Santillana, Madrid, 1966, 214 págs. Es útil recordar aquí, en fin, el artículo 51 de la anterior Ley de Aguas de 1879.

puestos del Estado (Disposición Adicional 9.^a), y por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 (art. 86-6.º y DT. 10.^a y DF 2.^a, apartado 2.º), y también implícitamente por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, reformadora de la anterior, sin haber sido derogada expresamente por la LPHE (cfr. apartado 2.º de su disposición derogatoria).

En cuanto al «hallazgo» de cosas sumergidas en el agua, el concepto que se deriva de los artículos 19 y 23 de la Ley es el de que sólo hay «hallazgo» de las mismas cuando se da un apoderamiento inmediato, consciente o inconsciente, de la cosa hallada o en la orilla del mar o bajo las aguas del mar (incluso de alta mar, parece, vista la *ratio* de esta regulación y el artículo 1). Debe entregarlas a la Autoridad de Marina —dice el artículo 19— «*el que extrajese casualmente cosas hundidas o lo haga inmediatamente después de haberlas descubierto*». Del régimen de los «hallazgos» deben excluirse, con todo, las cosas recogidas procedentes de cargamentos de barcos o aeronaves (recientemente, parece) abandonados (también, los barcos o aeronaves abandonados mismos, aunque éstos casi nunca serán susceptibles de apoderamiento inmediato) cuando (parece, aunque la ley no lo exija expresamente) se conozca a los dueños abandonantes, porque en tal caso se considerará el caso de auxilio o salvamento marítimo (cfr. art. 22 y Exposición de Motivos). No produciéndose ese inmediato apoderamiento de la cosa, estaremos ya necesariamente ante la figura de la «extracción», que o será hecha por el propio Estado que se haya hecho dueño de lo sumergido *ex* artículo 29 de la Ley, o requerirá permiso de la Autoridad de Marina: ya mero permiso si la extracción la intenta el mismo dueño perdedor de la cosa, ya «concesión» de la extracción otorgada mediante subasta si es intentada por un tercero y de cosa que había pasado a ser propiedad del Estado *ex* artículo 29 de la Ley. El régimen de las *extracciones* se limita, lógicamente, a las aguas jurisdiccionales españolas (art. 23 de la Ley de 1962). Como vamos a ver, el régimen jurídico de «hallazgos» y «extracciones» es muy diferente y la aplicación de uno u otro se hace depender, como digo, de la existencia o falta de un apoderamiento inicial de lo hallado, apoderamiento que en la práctica dependerá de la accesibilidad o facilidad objetiva de recuperación de la cosa y de las condiciones subjetivas del hallador en el momento del hallazgo (cosa pequeña transportable por el paseante por la orilla o el buceador; tener el pescador sitio suficiente en la barca en ese momento para llevar lo atrapado en las redes; o tener sitio en el submarino para cargar lo hallado; etc.). El régimen de las «extracciones», por tanto, es parte del régimen genérico de los hallazgos (en su sentido habitual) de cosas hundidas en aguas del mar, aunque cabe que haya «extracción» sin propio hallazgo cuando se trata de la recuperación por su dueño de la cosa hundida siempre localizada. Además del permiso para la extracción, la Autoridad (militar, por ahora, salvo existencia de com-

petencia autonómica en sus casos) de Marina⁷² deberá dar permiso para la «*exploración, rastreo y localización*» de cosas hundidas, aunque este último permiso, siempre sin carácter de exclusiva (art. 24). Véanse sobre toda esta regulación los artículos 23 y ss. y 51 y ss. de la Ley comentada.

Punto de partida de la regulación tanto de los «*hallazgos*» recogidos como de los hallazgos pendientes de «*extracción*» es el artículo 29 de la Ley, que atribuye al Estado la propiedad de cualquier buque u objeto hundido si el propietario hace abandono de sus derechos o no los ejerce en el plazo de tres años desde el hundimiento («*extracciones*») o de seis meses desde la promulgación de edictos ordenada por el artículo 48 para los «*hallazgos*» ya recogidos y de dueño desconocido. En ambos casos, por tanto, atribución inicial de la propiedad de lo hundido o hallado al Estado, cuando la cosa deviene *ex lege* falta de dueño. Pero en el primer caso, para las «*extracciones*», lo que la Ley hace en realidad (el plazo se cuenta desde el hundimiento o pérdida) es reducir drásticamente la antigüedad requerida para que se dé falta de dueño en relación a la antigüedad exigida en general para el tesoro por el artículo 352 del Código Civil, adecuadamente interpretado. En el caso de los «*hallazgos*» recogidos, en cambio, el plazo se empieza a contar en un momento posterior al hallazgo (desde que se inicia la publicidad), y la falta de dueño es como la del artículo 615 del Código Civil, aunque con atribución final (de la mayor parte) al Estado, en lugar de al hallador. En ambos casos de adquisición de la propiedad por el Estado parece excluirse la reivindicabilidad de las cosas por el dueño perdedor (véanse arts. 30, 52 y Disposición transitoria primera de la Ley)⁷³.

El artículo 21 de la Ley establece que el hallador, en el caso de los «*hallazgos*» recogidos y consignados que resulten faltos de dueño, tiene derecho a que se le entregue la cosa si, tasado su valor, no resulta ser superior a ciento cincuenta mil pesetas⁷⁴ y, en caso contrario, tiene derecho a dicha cantidad más la tercera parte del exceso que sobre la misma se haya obtenido

⁷² Véanse art. 86-6.º y disposición transitoria 10.ª de la Ley 27/1992, de 24 de diciembre, sobre Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

⁷³ Obsérvese que la Ley da un trato duro al dueño perdedor, que perderá su propiedad incluso si no solicita la extracción porque ignora dónde se hundió su cosa. Según el párrafo 5.º del artículo 29, sólo se interrumpe el plazo de los tres años si se solicita la extracción. Pero acaso sería equitativo considerar que se interrumpe también por la solicitud de permiso para explorar, rastrear y localizar la cosa (art. 24). También parece que, en teoría, la recuperación clandestina por el dueño perdedor del barco hundido posterior a los tres años tras el hundimiento no evitaría la adquisición por el Estado del barco. Sobre la afirmación que realizo en el texto, vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 551-552.

⁷⁴ En la versión original del precepto el tope estaba fijado en diez mil pesetas, pero fue elevado a ciento cincuenta mil por la Disposición Adicional 9.ª de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos del Estado, que autorizó además al Gobierno a actualizar dicho tope.

en la subasta. Parece que, incluso en este segundo caso de cosa de valor superior a ciento cincuenta mil pesetas, se trata de una adquisición por ocupación, aunque el hallador no percibe exactamente una parte alícuota del valor de la cosa. Hay ocupación porque recibe el hallador y en cuanto tal una parte del valor de la cosa que tendencialmente es el tercio y que se determina a partir del valor total por una sencilla fórmula matemática⁷⁵. En todo caso, el resto del valor de la cosa subastada es adquirido por el Estado, así como la cosa misma.

Este régimen descrito para los «hallazgos» inmediatamente recogidos podrá resultar aplicable en algún caso de hallazgo de objetos o restos descubiertos bajo las aguas territoriales, pero no será el régimen más normalmente aplicable a los hallazgos sumergidos más importantes, como los de buques antiguamente hundidos u otros restos u objetos de gran importancia o tamaño: estos últimos hallazgos caerán bajo el régimen jurídico de las «*extracciones*». Voy a resumir a continuación este último régimen jurídico, presuponiendo que los tesoros contenidos en barcos hundidos caen bajo el apartado a) del artículo 29 de esta Ley como «*restos de buques hundidos*», y no en el apartado b) del mismo artículo, relativo a «*los demás casos*» de hallazgo en el mar.

Recordemos que los buques o restos de buques hundidos —también, me parece, lo hundido por haberse caído desde un buque que siguió su camino— se hacen propiedad del Estado a los tres años del hundimiento. Si el mismo Estado (Autoridad de Marina del Ministerio de Defensa) no decide realizar por sí la «*extracción*» de lo hundido que ha pasado a ser de su propiedad, «*puede conceder su extracción y aprovechamiento mediante concurso-subasta*» (art. 28). En tal caso, el expediente de extracción se inicia a instancia de cualquier interesado (art. 51) y conduce a la concesión de la extracción mediante un concurso-subasta en el que no tiene ninguna preferencia el hallador (art. 56 de la Ley y 80 del Reglamento), permitiendo al concesionario de la extracción acceder a la propiedad de la cosa extraída (art. 51), que parece le es transmitida por el Estado en el instante mismo de la «*adjudicación*» de la extracción⁷⁶, y a cambio de un «*precio de la adjudicación*»

⁷⁵ Véanse los artículos 21 y 47 a 50 de la Ley y 58 a 70 del Reglamento.

El artículo 69 del Reglamento califica de «*premio*» a esta adquisición por ocupación, pero la Disposición final del propio Reglamento parece calificarla correctamente como ocupación; así deberá entenderse si se relaciona la contraposición entre «ocupación» y «adjudicación» que dicho precepto hace con los regímenes jurídicos de, respectivamente, los artículos 21 y 59 de la Ley de 1962. Véase mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 652-653. En esta ocupación, por Ley, el recoger la cosa íntegra siempre el hecho decisivo para la adquisición.

⁷⁶ Así lo sugieren la Disposición final del Reglamento a que me he referido en la nota anterior, que se refiere a la entrega del hallazgo al que «*resulte ser dueño por derecho... de adjudicación*»

(art. 60), que en la mente del legislador es siempre, lógicamente, un porcentaje o cantidad menor que el valor estimado de los objetos hundidos (arts. 56 y 61)⁷⁷. Parece, por tanto, que el supuesto «concurso-subasta» regulado en estos preceptos encubre simplemente una venta a bajo precio de una cosa cuya posesión se presenta como de problemática recuperación⁷⁸.

Esta regulación de las «extracciones», como se ve, excluye absolutamente el juego del principio de ocupación, porque no da preferencia alguna al hallador para conseguir realizar la «extracción», y porque se deriva indudablemente de ella que quienes hallen y extraigan clandestinamente (sin la preceptiva autorización) buques o restos de buques hundidos no adquirirán ningún derecho y vendrán obligados a entregar la cosa salvada al Estado o, si todavía no han pasado tres años desde el hundimiento, al dueño perdedor de la misma. Ni siquiera se reconoce un premio al descubridor de las cosas hundidas objeto de «extracción», aunque quizá resultaría defendible que pudiera reclamarlo, *ex* artículo 616 del Código Civil, al dueño perdedor de lo hundido que consiguiese realizar la «extracción» autorizada, quien le había comunicado la localización precisa de su cosa o también el extractor clandestino restituyente.

Pasando ahora a la articulación de este régimen jurídico de las «extracciones» con la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español, resulta decisivo el artículo 59 de la Ley de 1962, con arreglo al cual:

«Los extractores que hayan abonado la cantidad señalada como precio de la concesión podrán disponer libremente de los efectos extraídos.

Quedan exceptuados de la libre disposición y estarán sujetos a las normas especiales que regulen la materia o que se establezcan en el contrato, las armas, municiones y explosivos, los efectos sujetos a monopolio, las cosas de valor arqueológico y artístico y aquellas que la Marina, al efectuar la adjudicación, se hubiere reservado, así como todas aquellas otras cuyo comercio no sea libre»⁷⁹.

(parece pensar, como he dicho, en la subasta realizada en expediente de «extracción»), y también el artículo 60 de la Ley, que se refiere a una «recuperación» por el Estado de la propiedad en caso de incumplimiento por el concesionario de la extracción de las condiciones que para su realización le haya fijado la Autoridad de Marina.

⁷⁷ En particular el artículo 61 de la Ley contempla la posibilidad de que, como modalidad de pago del «precio de adjudicación», se reserve al Estado un tanto por ciento del valor de lo extraído.

⁷⁸ Un problema importante, y que me parece que no queda claro en la Ley de 1962, es el de si la recuperación de la propiedad por el Estado en caso de incumplimiento de las condiciones exigidas al concesionario de la extracción (art. 60) alcanza o no al supuesto en que el diligente concesionario no haya logrado la extracción en el plazo que al efecto le marca siempre la Autoridad de Marina (art. 23).

⁷⁹ Véase esta misma idea de exceptuar las cosas cuyo comercio no sea libre en el artículo 22.3 de la Ley, en relación con los «hallazgos» inmediatamente recogidos.

En el Derecho vigente al promulgarse la Ley de 1962 esta expresa remisión a la regulación especial de los hallazgos de interés «*arqueológico y artístico*» (histórico, más bien, debiera haber dicho), era una remisión al artículo 40 de la Ley de 13 de mayo de 1933 y concordantes en la misma Ley y en la de Expropiación Forzosa, preceptos que establecían el pleno juego del principio de ocupación, aunque con una opción de expropiación reconocida al Estado. Literalmente interpretado el transcrito artículo 59, conducía, entonces, al absurdo de que jugase plenamente el principio de ocupación para los hallazgos sumergidos «*interesantes*» (que lo serían, en principio, los de antigüedad mucho mayor que la de los 3 años exigidos en el art. 29 de la Ley de 1962), mientras que pertenecían al Estado los hallazgos comunes de buques y restos realizados bajo aguas territoriales españolas. Resultado tanto más absurdo cuanto que, frente a la minuciosa regulación de la Ley de 1962 sobre los hallazgos y extracciones de cosas hundidas, en el artículo 40 de la Ley de 1933, ni en ninguno de los concordantes con él, no se aludía expresamente al supuesto de hallazgos realizados bajo las aguas territoriales españolas. La salvedad en favor de una regulación especial, que en tantas ocasiones denota la prudencia y buena previsión del legislador, constituyó en esta ocasión un error y produjo un difícil problema de interpretación.

Estas importantes razones aconsejaban interpretar el artículo 59 de la Ley de 1962 no como una mera remisión a la regulación especial de los hallazgos de interés histórico-artístico (remisión a un régimen originario de plena ocupación, aunque con posibilidad de ulterior expropiación), sino como añadiendo algún control mayor sobre los derechos de los particulares al ya socializante régimen común de los hallazgos y extracciones de cosas hundidas en el mar. La «*excepción a la libre disposición*» sobre las cosas extraídas a que se refiere el artículo 59, acaso podía entenderse, entonces, como posibilidad para el Estado de arrepentirse de la venta de su objeto hundido incluso tras la diligente «*extracción*» por el concesionario, de modo que pudiera hacérselo entregar el Estado restituyendo a su vez el «*precio de la adjudicación*» (o mejor el justo precio, si se prefiere, y por mejor respetar la letra del artículo 40 de la Ley de 1933 y por no negar al «*extractor*» el pago por su difícil y fructífero esfuerzo). Interpretación que, como se ve, eludiría la aplicabilidad plena del principio de ocupación a que parecía conducir la letra de la remisión del artículo 59 (y su irrazonable consecuencia de que el Estado tuviera que restituir el «*precio de adjudicación*» además de expropiar el pecio), y respetaría implícitamente la atribución al Estado de la propiedad de los buques y restos hundidos realizada por el artículo 29 de la Ley de 1962⁸⁰. El

⁸⁰ Con esta interpretación aparece como plenamente acertada la afirmación general que sobre el tema de los tesoros descubiertos en el mar hice en la página 31 de mi libro *Ocupación, hallazgo y tesoro*.

Estado habría hecho, siendo «interesante» el pecio, como una «concesión» revocable y tendría que expropiar, pero retendría siempre el «precio de adjudicación» correspondiente a la subasta de la «extracción». Si cualquier buque o resto hundido se hace irreversiblemente del Estado a los tres años del hundimiento, con mayor razón debían pertenecerle también los buques o restos hundidos «interesantes» para el patrimonio histórico-artístico, que habían llegado a serlo por su larga permanencia bajo las aguas⁸¹. La regulación de los «hallazgos» recogidos (art. 21), en cambio, era claramente aplicable también a los «interesantes», por falta en la misma de un precepto como el artículo 59 (no parece que lo fuera el art. 22-3.º), y porque la Ley de 1933 en absoluto aludía a hallazgos submarinos.

B. Hallazgos comunes y hallazgos «interesantes» desde la LPHE

El problema del significado del artículo 59 de la Ley de 1962 se debe plantear también en relación con la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español, aunque aquí presenta un aspecto algo diferente, porque su artículo 44-1.º, en relación con los artículos 40-1.º y 41-1.º y 2.º, sí que contempla expresamente hallazgos de cosas hundidas bajo las aguas (incluso bajo la tierra del fondo del mar, hay que entender), y porque, según sus artículos 42-2.º y 44-3.º, en la mayoría de los casos de hallazgos de buques hundidos o sus restos — siempre que fuesen hallados mediante búsquedas previas, que es el supuesto normal de la arqueología submarina —, éstos se harían de dominio público, sin que jugasen en el supuesto los principios de ocupación o de accesión. Se reduce, pues, con la nueva Ley de 1985 el posible absurdo de la remisión realizada en el artículo 59 de la Ley de 1962. Pero digo que se reduce y no que se suprime el absurdo, porque sigue siendo incoherente, como vamos a ver a continuación, que se reconozca una adquisición por ocupación («premio») del cuarto del valor de la cosa en favor del hallador casual de un buque hundido o sus restos «interesantes» para el Patrimonio Histórico Español (art. 44-3.º LPHE), y que se reconozca la plena propiedad del Estado sobre hallazgos, también casuales, pendientes de «extracción», pero realizados sobre barcos hundidos o restos de antigüedad probablemente menor y no «interesantes» para el Patrimonio Histórico Español (art. 29 de la Ley de 1962). Es incoherente que se reconozcan en este supuesto derechos cuantitativamente mayores al Estado sobre los hallazgos no «interesantes» que sobre

⁸¹ Aun así, en el Derecho anterior sí que quedaban bajo el pleno juego del principio de ocupación de la Ley de 1933 los hallazgos «interesantes» realizados en aguas del interior o continentales.

los que lo son, aunque esta incoherencia de la Ley, dados sus términos bastante claros, me parece que no se puede esta vez salvar mediante la interpretación.

Me he referido a términos bastante claros de la Ley, pero debe advertirse que la delimitación entre la Ley de 1962 y la Ley de 1985, aunque basada en la idea clara de que la segunda ha derogado a la primera en cuanto atañe a hallazgos «interesantes» para el Patrimonio Histórico Español, y no en todo lo demás, ofrece cierta dificultad por la complejidad de la casuística a que alude y por la complejidad misma de ambas regulaciones⁸². En principio, todo lo explicado anteriormente sobre las relaciones entre Zonas Arqueológicas, autorizaciones de prospección o excavación, dominio público de los hallazgos y bienes declarados de Interés Cultural o Inventariables vale para los pecios marítimos «interesantes». Acaso haya que hacer mínimas adaptaciones, como en las definiciones de prospección y excavación (art. 41), o entendiendo en forma relajada los plazos del artículo 44-1.º para denunciar el hallazgo casual a la Administración, plazos que pueden resultar excesivamente severos respecto de los pecios (quizás se podrían contar desde el regreso a tierra del barco o submarino en que viajaba el descubridor,...). Como vamos a ver, hay ocho casos básicos posibles, de los que sólo los dos últimos constituyen el supuesto típico de la arqueología submarina. Además, hay al menos tres problemas previos, que son la dilucidación de si el legislador (las leyes autonómicas no suelen precisar esto o, en algún caso, resultan discutibles sus afirmaciones de dominialización extendidas a las aguas territoriales) atribuye el dominio público de los pecios al Estado o a las Comunidades Autónomas costeras, en su caso; el problema de la delimitación de las competencias administrativas entre el Ministerio de Defensa (de Marina, antes, y hoy competencia genéricamente de la Armada) y la Administración responsable del Patrimonio para autorizar la búsqueda de los pecios (más que su «excavación» o que sólo ella); y el problema de si la Ley de 1985 ha derogado o no la distinción de la Ley de 1962 entre «hallazgos» y «extracciones».

En cuanto a lo primero, aunque es cierto, como ha sido advertido⁸³, que

⁸² ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, presenta su visión de la relación entre ambas leyes como diferente de la que había explicado yo en 1993. Parece sostener que la Ley de 1985, cuyo rígido estatismo acepta y que él considera superior en técnica a la de 1962, derogó a ésta de forma prácticamente total, aunque como no desciende a la casuística concreta, no permite perfilar con claridad en qué concretas cuestiones da una explicación diferente de la que había ofrecido yo en mi mencionado trabajo y que hoy amplío y desarrollo. Cfr. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, T. 2.º, 1994, pág. 428.

⁸³ Por BARCELONA LLOP, Javier, por ejemplo, quien se ocupa con detenimiento de esta cuestión ya tras la aparición de las diversas leyes autonómicas de Patrimonio Cultural. Personalmente, en mi trabajo de 1993 no me había pronunciado claramente sobre este punto, aunque suponía

el legislador no ha acertado a dejarlo suficientemente claro, parece preferible y claramente defendible que, incluso en territorio de Comunidades Autónomas costeras, el dominio público sobre los pecios a que alude el artículo 44-1.º LPHE hay que entender que es el dominio público estatal y no el de la Comunidad Autónoma costera correspondiente, por mucho que pueda ser ésta titular del dominio público sobre los hallazgos arqueológicos realizados dentro de su territorio. O si se quiere, hay que entender que los preceptos equivalentes al artículo 44-1.º de la LPHE de algunas leyes autonómicas de Autonomías costeras no incluyen, contra lo que en casos su letra da a entender, los pecios que se encuentran en aguas territoriales españolas. Es cierto que algunos Estatutos de Autonomía reconocen competencias sobre el «mar litoral» a algunas Comunidades Autónomas costeras, pero la competencia esencial sobre el mar territorial y la plataforma continental parece vincularse a la soberanía estatal y no parece razonable extender el territorio de una Comunidad Autónoma costera hasta la plataforma continental o el mar territorial, aparte de que podría apuntar a lo mismo una interpretación amplia o analógica del artículo 132-2.º de la Constitución, aunque los pecios no sean estrictamente «recursos naturales» de la plataforma continental o de la zona económica. Además, la disposición adicional decimonovena de la Ley 62/1997, de reforma de la legislación de puertos, atribuye a las Autonomías sólo la «ejecución» de la legislación estatal sobre salvamento marítimo. Como veremos posteriormente, tanto la Conferencia de la ONU sobre Derecho del mar de 1982, como el Convenio de la UNESCO de 2001 contemplan sólo el derecho de los Estados, y no de parte de los Estados, sobre el mar territorial, la zona económica o la plataforma continental. De modo que partiendo de esta interpretación, y aunque no parece que se haga así en la práctica, lógicamente sería el Estado, mejor que no la Comunidad Autónoma correspondiente, quien tendría que pagar los premios a que alude el artículo 44-3.º de la LPHE en el caso de pecios submarinos.

En cuanto a lo segundo, o sea, a la competencia administrativa para autorizar la búsqueda o excavación de pecios, hay que distinguir según se hayan de buscar pecios «interesantes» para el Patrimonio o pecios no «interesantes»

un dominio público estatal. ALEGRE ÁVILA defendió que la LPHE atribuyó al Estado el dominio público de los hallazgos en el mar territorial y en la plataforma continental. Cfr. su obra repetidamente citada, T.2.º, págs. 348 a 350 y T. 1.º, pág. 381. BARCELONA LLOP ve claro que el dominio público de los hallazgos es estatal en la plataforma continental, porque no llega hasta ella el territorio de las Comunidades Autónomas costeras, pero ve más dificultades para extender esa misma solución, que considera preferible, al mar territorial, porque, aunque considera que el mismo no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, reconoce que algunas leyes autonómicas del Patrimonio Cultural (gallega, valenciana, balear y cántabra) han mencionado el mar territorial y que parece que sus Comunidades Autónomas serán las encargadas de pagar el premio a los halladores en su caso. Cfr. *El dominio público arqueológico*, RAP, n.º 151, 2000, págs. 146 a 150.

o sin antigüedad, y en el primer caso, el problema tiene relación con el anterior y con la duda de si la Administración del Patrimonio habría de ser la estatal o la autonómica. Esta última cuestión ahora planteada tampoco está totalmente clara en la ley, pero no estando necesariamente vinculadas la titularidad sobre el dominio público y el ejercicio de competencias sobre el mismo (cfr. sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, FJ n.º 14, entre otras), acaso presentaría mayor funcionalidad que la competencia sobre las autorizaciones para buscar pecios «interesantes» o para declarar Zonas Arqueológicas los yacimientos submarinos correspondiera a la Administración autonómica responsable del Patrimonio, mejor que no a la estatal, y lo mismo, por cierto, que las declaraciones y autorizaciones *ex* artículos 14-2.º, 42-1.º y 41-1.º y 2.º LPHE para las excavaciones arqueológicas realizadas tierra adentro en dicha Comunidad costera. Lo mismo sugiere una razonable interpretación extensiva de la mencionada disposición final decimonovena de la Ley 62/1997. Además, eso mismo parece indicar la salvedad sobre las competencias de la Administración del Patrimonio Histórico que realiza el artículo 86-6.º de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que aunque no alude expresamente a la Administración autonómica, parece debería entenderse así en el actual sistema. La búsqueda de pecios en medios submarinos no sería exactamente una «prospección» de las que trata el artículo 41-2.º, porque esa definición, como la de «excavación» del art. 41-1.º, no está pensada realmente para la búsqueda de pecios, a la que hay que adaptar interpretativamente el precepto. Y la autorización para buscar pecios o restos no «interesantes» o no «arqueológicos» (barcos hundidos hace unas decenas de años) corresponde siempre, aunque en forma provisional, a la Armada (Ministerio de Defensa, aunque antes de Marina), quien la otorga además sin carácter de exclusiva (cfr. arts. 23 y ss. y 51 y ss. de la Ley de 1962)⁸⁴. Naturalmente, la legislación aplicable al hallazgo concretamente realizado (LPHE o Ley de 1962) dependerá del carácter «interesante» o no que el mismo finalmente tenga, y no de la concreta Administración que hubiera previamente autorizado la búsqueda. Pese al amplísimo concepto de hallazgo «casual» del artículo 41-3.º de la LPHE, me inclino a pensar, considerando difícil la cuestión, que no podría considerarse «casual» el hallazgo de un pecio de interés arqueológico realizado cuando se buscaba, con autorización de la Armada, un pecio no «interesante».

En otro sentido, las sanciones administrativas y delitos explicados al comentar anteriormente los artículos 41 y 42 de la LPHE parece que tendrán

⁸⁴ Véanse la disposición transitoria 10.ª y el artículo 86-6.º de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Y también el Decreto 1246/1995 sobre las Capitanías Marítimas.

plena aplicación, en sus casos, en estos supuestos de hallazgos de pecios «interesantes» o de valor arqueológico, aparte de que los hallazgos clandestinos u apropiaciones indebidas de pecios en nada afectarán a la propiedad del Estado sobre los mismos que reconoce tanto la LPHE como la Ley de 1962. Las cuestiones de propiedad sobre objetos hallados no «interesantes» corresponden a la jurisdicción ordinaria (disposición final 1.^a de la Ley de 1962) y las cuestiones sobre «premios», de cualquier naturaleza que sean y tanto para hallazgos no «interesantes» como para los que lo sean, corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa (disposición final 3.^a de la Ley de 1962 y arts. 1 a 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Véase, con todo, la disposición final 2.^a, apartado 2.º, de la Ley 27/1992, de puertos del Estado. En la práctica, hasta ahora la Administración española se ha mostrado muy reacia a conceder autorizaciones a los cazadores de tesoros.

La tercera cuestión previa que he planteado es la de si la Ley de 1985 ha derogado o no la distinción de la Ley de 1962 entre «hallazgos» y «extracciones». La respuesta negativa me parece evidente, porque dicha distinción es perfectamente razonable y ajustada a la naturaleza de las cosas, y porque, aunque será raro, no es imposible ni mucho menos que quepan «hallazgos» (aparte de «extracciones») de objetos o de restos «interesantes» para el Patrimonio perfectamente susceptibles de apoderamiento inmediato y consiguiente acarreo por el hallador (pescador que encuentra el objeto en sus redes; paseante por la orilla o buceador que encuentra un objeto de poco peso pero muy valioso; tripulantes de un submarino que pueden cargar en el mismo el resto hallado «interesante»; hallazgo casual al realizar obras submarinas; etc). Recuérdese además que los «hallazgos» parecen poder suceder también en alta mar, más allá de toda jurisdicción del Estado español. Aunque la LPHE, Ley de peor técnica jurídica que la Ley de 1962, no recoja expresamente esta distinción, y sea ley posterior respecto de esta última Ley, no se ve por qué en supuestos como los mencionados no habrían los descubridores (casuales o no) de recoger ya inicialmente, pudiendo hacerlo, esos objetos valiosos e «interesantes» para el Patrimonio, siendo que, de no recogerlos entonces, verosíblemente podría llegar a hacerse sumamente difícil volver a encontrarlos otra vez (estamos considerando objetos sumergidos en el mar y no visibles desde la superficie; que pueden encontrarse acaso muy lejos de nuestro país; y acaso desplazables por las corrientes marinas). Además, las Leyes 37/1988, de 28 de diciembre, y 27/1992 sobre Puertos del Estado y de la Marina Mercante han vuelto a contemplar las «extracciones» y los «hallazgos» (cfr. DA 9.^a y art. 86-6.º y DT. 10.^a, respectivamente). Lo que cabe deducir de la LPHE es la exigencia de un razonable cuidado en la operación de recogida del objeto hallado de valor arqueológico (que no estará bajo la tierra del fondo del mar o bajo los corales, normalmente, y no requere-

rirá, casi nunca, propia excavación), pero no la absurda obligación legal de dejar en el fondo del mar el objeto hallado «interesante» y transportable, en espera de una igualmente absurda (por tardía, o por impracticable, o aun por imposible jurídicamente por falta de jurisdicción en el lugar) autorización administrativa de excavación o extracción. Incluso la propia LPHE (cfr. art. 44-2.º y 4.º) presupone lógicamente, para los hallazgos arqueológicos realizados en tierra, que el hallador entrará en posesión inmediata de los objetos descubiertos siempre que pueda hacerlo. La dificultad del concepto de «*hallazgo*» reside más bien en su precisa distinción con el concepto de «*extracción*», porque ésta podrá referirse en ocasiones a una universalidad o conjunto de objetos y el concepto de «*hallazgo*» parece contemplar ante todo un objeto aislado e individual, y podría ser discutible (en aguas bajo jurisdicción española) hasta qué punto habría de resultar lícito recoger sólo alguno de los objetos del conjunto de bienes integrantes de la «*extracción*». Piénsese que bajo las aguas del mar tanto podrá encontrarse la pulsera o el reloj de oro que perdió un pasajero de un barco asomado a su barandilla; como el conjunto de un buque y sus botes de salvamento destruidos y hundidos por una tormenta; como una flota de buques de guerra (o un convoy de estos buques junto a otros mercantes) hundidos en la zona en la que hubo una antigua batalla naval⁸⁵. Pero, sin negar sus posibles dificultades de interpretación, es claro que el subsistente régimen de los «*hallazgos*» de la Ley de 1962 deja un portillo abierto a una limitada eficacia jurídica, incluso en alta mar, del principio jurídico de la ocupación, que entronca con la declaración y remisión del artículo 617 del Código civil. Por lo demás, a los hallazgos «interesantes» creo que serán aplicables los criterios del Derecho civil común (arts. 352 y 610 y siguientes del Código civil) para determinar su indispensable «falta de dueño», y no lo criterios sumamente relajados y duros para el dueño perdedor de la Ley de 1962 (arts. 29 y 48).

La clarificación de esta última cuestión explicada, ayuda a entender los ocho supuestos básicos que es preciso considerar para trazar con alguna precisión la delimitación del ámbito de aplicación de las leyes de 1962 y 1985. Hay que partir de una bifurcación básica entre «*hallazgos*» y «*extracciones*» en el sentido de la Ley de 1962. Dentro de los «*hallazgos*» hay que distinguir según el hallazgo o descubrimiento (en su sentido habitual) haya sido casual o no, y en cada una de estas dos hipótesis hay que distinguir, a su vez, según

⁸⁵ En todo caso, si lo ocupado inicialmente como «*hallazgo*» se podía llegar a sostener posteriormente que se ocupó ilícitamente por ser parte de una «*extracción*» no ocupable, acaso sería defendible la reincorporación de ese objeto inicialmente extraído al conjunto de bienes de la «*extracción*» ya realizada, pero no parece que pudiera caber nunca la obligación de devolver el objeto de nuevo a su lugar inicial en el fondo del mar.

lo encontrado sea o no «interesante» para el Patrimonio Histórico. Esto permite considerar cuatro supuestos diferentes. Y haciendo esas mismas distinciones para las «*extracciones*» se obtienen otros cuatro supuestos, que vienen a completar, según creo, los ocho casos anunciados de la casuística básica en esta cuestión.

Vayamos considerando los diversos supuestos. Los dos primeros supuestos serían los de «*hallazgos*» casuales, o «interesantes» o no «interesantes». En el primer supuesto, el descubridor ocupante adquiriría por ocupación o «premio» aproximadamente un tercio del valor de la cosa (art. 21 de la Ley de 1962). En el segundo supuesto, el descubridor, y habría que entender al parecer que también ocupante, aunque la LPHE no lo exija expresamente, adquiriría por ocupación o «premio» una cuarta parte del valor de la cosa (art. 44-3.º de la LPHE), teniendo en teoría el dueño del lugar derecho a otra cuarta parte del valor por accesión o «premio», lo que no parece tener aquí sentido, al ser el Estado, a quien el art. 44-1.º atribuye también el dominio público sobre el total del pecio, dueño del lugar en tanto que titular del dominio público sobre el suelo de la zona marítimo terrestre o de la plataforma continental.

Los supuestos tercero y cuarto serían los de «*hallazgos*» no casuales, ya «interesantes», ya no «interesantes». En el tercer supuesto, como en el primero, el Estado adquiriría la propiedad patrimonial del objeto hallado, y el descubridor ocupante adquiriría por ocupación o «premio» aproximadamente un tercio del valor de la cosa (art. 21 de la Ley de 1962) si no le faltaba autorización administrativa de algún tipo para realizar las búsquedas de objetos sumergidos. Si le faltaba dicha autorización previa, no parece que adquiriese nada, por tratarse de una ocupación ilícita. En el cuarto supuesto, o sea, «*hallazgo*» no casual pero «interesante» para el Patrimonio, el buscador descubridor y ocupante inicial de la cosa no adquiriría nada por ocupación o «premio», ya estuviera autorizado por la Administración responsable del Patrimonio (art. 42-2.º LPHE), ya estuviera autorizado por el Ministerio de Marina, ya careciera de toda autorización administrativa para buscar objetos sumergidos (arg. art. 42-2.º LPHE *a fortiori*, para los dos últimos supuestos). No cabe aquí ni plantear posibles derechos por accesión o «premio» del dueño del lugar. Se empieza a ver aquí, aunque en un supuesto todavía poco importante en la práctica, el nulo aprecio que tuvo el legislador de 1985 por la iniciativa privada.

Resumiendo esta primera parte de la explicación, la diferencia entre ambas regulaciones de 1962 y 1985 —y la consiguiente dilucidación de si concurre o no interés histórico o arqueológico— presentará algún interés, por tanto, en el caso más bien poco importante y poco verosímil de que se trate

de los denominados «hallazgos» por la Ley de 1962 y además no casuales (hallazgos mediante búsquedas deliberadas y por buscador autorizado o no por la Administración) de buques hundidos o restos, y de «hallazgos» inmediatamente recogidos (art. 19 de la Ley de 1962), porque, en estos casos, y con cierta lógica global en cuanto a esto (derechos más amplios del Estado sobre los hallazgos «interesantes»), siendo el hallazgo «interesante», está excluida la ocupación o «premio» del buscador-hallador (art. 42-2.º de la Ley de 1985), y no siéndolo, no está excluida, pese a las posibles búsquedas previas del buscador autorizado (art. 21 de la Ley de 1962). Presupongo que siendo «interesante» el «hallazgo» no obsta a la aplicabilidad de la (posterior) Ley de 1985 la falta en la ley de 1962 de un precepto como su artículo 59, pero que hubiera ido referido a los «hallazgos» ya inicialmente recogidos, en lugar de a las «extracciones». La regulación de la Ley de 1985, aun faltando dicho precepto en la Ley de 1962, deroga parcialmente a ésta en cuanto a los «hallazgos» que sean «interesantes».

Los supuestos quinto y sexto son los de «extracciones» de pecios o restos sumergidos que hayan sido encontrados casualmente, ya sean no «interesantes», ya sean «interesantes» para el Patrimonio Histórico. Si son no «interesantes», como vimos al explicar la Ley de 1962, la plena propiedad patrimonial del pecio se atribuye al Estado a los tres años del hundimiento (art. 29) y el descubridor denunciante no adquiere nada por ocupación ni premio alguno, pudiendo únicamente concurrir a la subasta para la «concesión» de la «extracción», como cualquier otro particular y sin ningún tipo de preferencia.

Y en cuanto al sexto supuesto, siendo casuales los hallazgos de buques hundidos o restos necesitados de «extracción», el hallador en aguas territoriales españolas (tripulantes de un submarino; o un buceador, por ejemplo) adquiere, por ocupación, aunque no se haga la extracción, un cuarto del valor si eran «interesantes» (art. 44-3.º). En un supuesto así, parece que el descubridor casual del pecio que lo notificara a la Administración (art. 44-4.º LPHE), y de acuerdo con la lógica de la ocupación (al contrario de lo que sucedería con la lógica de un verdadero premio), adquiriría su derecho al premio, aunque la extracción del pecio fuera sumamente difícil y problemática y quedara inicialmente aplazada o descartada. Ya he señalado, por otra parte, la incoherencia que supone esta solución que da derechos cuantitativamente menores (tres cuartos del valor) al Estado sobre hallazgos «interesantes» que sobre los que no lo son. Además, como vamos a ver al considerar los supuestos séptimo y octavo, el carácter de dominio público que se predica del pecio o restos encontrados parece imposibilitar en la práctica de modo absoluto la solución del concurso para la concesión de la «extracción» que genéricamente había previsto la Ley de 1962 para estos supuestos.

Debe advertirse además, en este punto, que parece que incluso siendo el hallazgo de un buque muy antiguamente hundido, en principio, «*interesante*» para el Patrimonio Histórico Español, cabe que parte del hallazgo o del cargamento pueda considerarse como no «*interesante*», como podría ocurrir con el oro o plata transportados en lingotes por el buque antiguamente hundido (un galeón del siglo xvii, por ejemplo). En tal caso, sería aplicable a esta parte del hallazgo (a este cargamento sin especial interés arqueológico), en sus casos, la regulación de los «*hallazgos*» inmediatamente recogidos o la de las «*extracciones*» de la Ley de 1962. O sea, tratándose de una «*extracción*», el descubridor casual tendría, en nuestro ejemplo, derecho al «*premio*» de la cuarta parte sólo del valor del galeón del siglo xvii descubierto (art. 44-3.º LPHE), pero ningún derecho sobre el valor de su precioso cargamento (art. 29 de la Ley de 1962). Poco coherente, como se ve, con la lógica de la ocupación (mayores derechos del Estado sobre lo no «*interesante*»), y con la lógica a secas.

En fin, el supuesto más típico e importante de la arqueología submarina es el de hallazgos realizados mediante búsquedas previas y deliberadas y de pecios de gran tamaño y de no fácil acceso que no suelen ser susceptibles de apoderamiento inmediato por el hallador o, si se quiere, pecios no susceptibles de «*hallazgo*» en el sentido de la ley de 1962. Estos serían los casos séptimo (hallazgos de pecios sólo extraíbles, no casuales e «*interesantes*») y octavo (hallazgos de pecios sólo extraíbles, no casuales, y no «*interesantes*»). Pero cada uno de estos dos supuestos básicos puede desdoblarse a su vez, según el buscador hallador tuviera o no una autorización administrativa previa (ya he explicado que me inclino a pensar que sería suficiente, en sus casos, ya la del Ministerio de Marina, ya la de la Administración responsable del Patrimonio). Siendo clandestino el buscador de pecios y careciendo de la preceptiva autorización administrativa previa, con todo, y sin perjuicio de la aplicabilidad de sanciones administrativas o existencia de posibles delitos, la propiedad del pecio o hallazgo no queda nunca sustraída al Estado, aunque ya como «*dominio público*», ya como mera propiedad patrimonial, en los términos que a continuación se explican.

C. Régimen jurídico de los pecios de dominio público

En el antes mencionado más típico e importante supuesto de la arqueología submarina («*extracciones*») parece que los buques de verdad muy antiguamente hundidos (el galeón del siglo xvii hundido, del ejemplo anterior) constituirán casi siempre, suceda el descubrimiento de forma clandestina o con previa autorización administrativa, hallazgos de interés histórico o ar-

queológico y caerán bajo el ámbito de los artículos 40 y 44 de la Ley de 1985 y no bajo los artículos 29, 28 y 59 de la Ley de 1962, lo que en la gran mayoría de los casos parecería inicialmente presentar escasa trascendencia práctica por prevalecer casi siempre en ambas regulaciones (para hallazgos no casuales, clandestinos o autorizados, y necesitados de «extracción») la adquisición plena de la propiedad sobre lo hallado por el Estado. Los pecios de buques recientemente hundidos y sin interés arqueológico seguirían siendo siempre propiedad del Estado *ex art.* 29 de la Ley de 1962 desde los tres años de su hundimiento. Recuérdese, con todo, que sólo la primera regulación (art. 44-1.º) se refiere literalmente a adquisición como «*dominio público*».

Esta calificación como «*dominio público*» sólo de los pecios «interesantes», en efecto, tiene importante trascendencia práctica y es de delicada valoración en su conjunto. Por una parte, es indudable que, pensando en descubrimientos clandestinos de pecios o yacimientos arqueológicos, ofrece una protección legal más fuerte a la propiedad estatal que en la mera propiedad patrimonial del Estado que atribuye en sus casos la ley de 1962, por la indisponibilidad que caracteriza al dominio público, y que hace prácticamente imposible que se consolide una propiedad privada sobre los hallazgos ilícitos ni en los llamados cazadores de tesoros ni en sus subadquirentes, aunque sean de buena fe, con la sola excepción (no de Derecho español interno), de que esa consolidación de la propiedad privada provenga de una legislación extranjera cuya aplicabilidad no pueda ser evitada en el supuesto concreto ⁸⁶. La dominialización de los pecios «interesantes» comparte esta razón con la del resto de los hallazgos «interesantes», sin que se deba dejar de decir que en este caso los yacimientos submarinos no son tan vulnerables como los situados en tierra, puesto que éstos están expuestos al expolio de cualquier desaprensivo que conozca el yacimiento, y aquéllos sólo están al alcance de expoliadores muy cualificados y dotados de barcos y de la precisa tecnología. Hay aquí, con todo, ese aspecto defensivo del Patrimonio Arqueológico que indudablemente tiene la dominialización legal de los hallazgos y que es coherente con los fines generales conservacionistas de la LPHE.

Pero por otra parte, si pensamos en el supuesto habitual de la arqueología submarina, que es el de búsquedas o excavaciones por arqueólogos autorizados por la Administración o procedentes de la misma Administración, vemos que el sistema legal ideado por la LPHE, con su autorización administrativa de las búsquedas (más que excavaciones, aquí) y con su posible declaración de Zonas Arqueológicas e inevitable dominialización final de los pecios

⁸⁶ En cuanto a esto, cabe remitirse a la explicación de la ponencia que en este mismo libro se recoge de la profesora Pilar MAESTRE CASAS. También LÓPEZ CARCELLER MARTÍNEZ, Paloma, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Valencia, 2001, 126 págs.

hallados, resulta rígidamente estatalista y reserva en la práctica el monopolio de la búsqueda y recuperación de pecios «interesantes» a la Administración, cerrando al parecer casi absolutamente cualquier resquicio a la participación de la iniciativa privada, y derogando los «concursos» para las subastas de «extracción» de la Ley de 1962, que, según se explicó, no eran sino ventas a bajo precio por el Estado de pecios hallados o localizados, pero de extracción o recuperación más o menos problemática. Estas ventas a bajo precio quedan ahora rígidamente impedidas por la indisponibilidad característica del dominio público de los pecios, sin que haya tampoco en la Ley vestigio ninguno, que ciertamente no parece que pudiera tener sentido alguno razonable, de alguna posible concesión administrativa de los pecios a unos posibles extractores autorizados administrativamente para ello. Y ello, aparte de que se sabe que la Administración española no ha hecho hasta ahora el más mínimo esfuerzo por dotarse ella misma de los medios y la tecnología precisos para la recuperación de pecios. En el estatalista marco de la LPHE la Administración, niega también a todos los permisos para las búsquedas, y se resigna al poco lucido papel de perro del hortelano.

Este rígido estatalismo de la LPHE resulta bastante discutible y acaso representa un cierto voluntarismo proteccionista que arriesga ser bastante poco operativo en la práctica. Recuérdese que los pecios pueden estar a casi doscientas millas náuticas de la costa. Es poco probable que la Administración decida invertir y arriesgar dinero público (ya digo que hasta ahora no lo ha hecho) en la búsqueda y recuperación de pecios «interesantes» para el Patrimonio, en un país como el nuestro con un Patrimonio Histórico y Artístico enorme y cuya conservación mínimamente decorosa va ya a exigir cuantiosas sumas de dinero en el porvenir. Y ello, aunque algunos señalan las posibilidades turísticas (se pone como ejemplo un Museo de barcos y restos recuperados en Estocolmo) que podría ofrecer la exhibición en Museos de pecios o restos de pecios⁸⁷. La arqueología submarina es cara, requiere a veces sofisticada tecnología y hasta conlleva con frecuencia peligrosidad y exposición a riesgos personales (tendrá siempre mucho de aventura esta actividad, poco apropiada para funcionarios en nómina, salvo si se trata de marinos militares). Es poco verosímil que pida nadie una autorización para empresas tan arduas y complejas como las propias de la arqueología submarina sin tener nada que ganar en el empeño, incluso si la LPHE sugiere la posible existencia de subvenciones y ayudas, lo que hace además un tanto

⁸⁷ Pese a lo explicado en el texto, un grupo de empresarios ha constituido recientemente el llamado Proyecto Poseidón, con un capital privado inicial de 36 millones de euros y la aspiración de recuperar barcos hundidos y de la creación de una Ciudad del Mar, que sería un gran centro de estudios arqueológicos. Existe también una Asociación para el rescate de Galeones Españoles.

restrictivamente, condicionándolas a la previa declaración del yacimiento como Bien de Interés Cultural (art. 67 y 69-2.º). La tarea de recuperación de pecios resulta difícil, incluso con la ayuda de la tecnología, tanto en la fase del descubrimiento o hallazgo del pecio, como en la de su cuidadosa extracción, una vez ya localizado. Además, hasta qué punto lo hallado sea o no «interesante» para el Patrimonio Histórico Español sólo se sabrá del todo *a posteriori*, una vez concluida la extracción del pecio o de los restos y estudiados éstos, lo que aumenta el aspecto de aleatoriedad que tendrían las posibles inversiones de dinero público en este tipo de cometidos. Por todo ello, cabe dudar de si, al recabar en la práctica el legislador de 1985 el monopolio de la Administración española sobre la recuperación de pecios, no habrá acaso en realidad renunciado a una posible política de búsqueda y recuperación de pecios «interesantes». Hay casi que imaginar un ejemplo como el antes propuesto del galeón del siglo XVII con un gran cargamento de oro o plata en lingotes, para suponer que la Administración seguramente tendría interés, pero acaso entonces más por la parte no «interesante» del pecio (y por su propiedad patrimonial) que por la «interesante» (con su consabido dominio público), en hacer el esfuerzo de la localización y extracción del pecio. Pero ni en un caso así podría recurrir a las viejas subastas (ventas a bajo precio) para atribuir la «extracción».

La técnica de la dominialización de los pecios puede haber tenido alguna eficacia defensiva de los mismos frente a los llamados cazadores clandestinos de tesoros, pero amenaza con impedir a los bienes que los integran, y de modo casi absoluto, el efectivo ingreso en el Patrimonio Histórico poseído y disfrutable por la sociedad española. Y ello, además, resulta tanto más llamativo, cuanto que los pecios no «interesantes» pueden ser recuperados de forma más flexible y equilibrada a través del cauce previsto en la Ley de 1962, que antes de la LPHE podía armonizarse razonablemente también, como vimos, con los intereses de protección del Patrimonio Histórico. El sistema legal puede favorecer también, por su misma rigidez, la búsqueda clandestina de los pecios.

La escapatoria interpretativa al rígido esquema legal de la LPHE no se presenta fácil. No parece posible recuperar el sistema anterior a la LPHE, más equilibrado y flexible (rectamente interpretado: concursos para la extracción pero con expropiabilidad), porque para ello sería ineludible entender la expresión «dominio público» del art. 44-1.º como «propiedad patrimonial», y ello resulta inaceptable, como ya expliqué. Más viable parece, para intentar flexibilizar el sistema, intentar abrir una cierta vía de privatización, reconociendo la posibilidad de «premios» (y éstos sí en sentido propio, y no por ocupación, que la tiene que reconocer necesariamente la ley) asignables voluntariamente por la Administración a los halladores o extractores de

pecios que hubieran sido previamente autorizados por ella para realizar las búsquedas pertinentes; lo que podría quizás pactarse con ocasión del otorgamiento de la autorización administrativa inicial. Ello requeriría considerar el artículo 44-1.º LPHE imperativo en cuanto a la dominialización de los pecios, pero no así el artículo 44-3.º en cuanto a los «premios». O, más directamente, admitir la contratación por la Administración de servicios de empresas especializadas en estos difíciles cometidos de la arqueología submarina. O sea, se trataría de insuflar en el sistema legal de la LPHE, a través de un cierto juego de la autonomía de la voluntad en favor de la Administración, algo de la lógica profunda del Derecho privado que yo había propuesto incluir directamente en el esquema legal en mis propuestas de *lege ferenda* de los años 1981 y 1983 mencionadas al inicio de este trabajo. Pero es claro que fundamentar esas posibles potestades administrativas para los mencionados pactos no resulta nada fácil desde la misma LPHE. Los únicos pactos que la LPHE contempla son los relativos a conseguir para ciertas actividades arqueológicas facilidades de acceso al crédito oficial (art. 67, inciso segundo)⁸⁸. Sin embargo, mucho más flexible y realista es la declaración del art. 86-6.º de la Ley 27/1992 sobre Puertos del Estado y de la Marina Mercante (y cfr. también su artículo 87-3.º) en el sentido de que cuando en estas actividades la Administración actúe «*a través de Entidades privadas o públicas, podrá convenir fórmulas de reparto de los citados premios o compensaciones en los oportunos contratos de prestación de los servicios*». La posible dificultad de dicha razonable regla en nuestro ámbito, acaso no insalvable, sería la de que el mismo precepto citado hace una salvedad expresa sobre las «*potestades que puedan corresponder a la Administración competente en materia de hallazgos o extracciones de valor histórico, artístico o arqueológico*»⁸⁹.

2. DERECHO INTERNACIONAL SOBRE PECIOS EN ALTA MAR O EN AGUAS BAJO LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS COSTEROS

En el mes de julio de 1985 la prensa trajo la noticia de que en las costas de Miami buzos de la compañía norteamericana *Treasure Salvors* habían des-

⁸⁸ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, comentando en general el artículo 44-3.º de la LPHE, afirmaba que el precepto parece presuponer que la Administración habrá llegado a pactos con los buscadores autorizados en que se garanticen los incentivos suficientes para éstos. Véase su trabajo de los citados *Comentarios* de EDERSA, 1987, pág. 449.

⁸⁹ Incluso el Gobierno comunista de la Cuba de CASTRO, que tiene un servicio estatal de arqueología submarina denominado Carisub, hace pactos con empresas extranjeras especializadas en arqueología submarina, a base de autorizar sus actividades y repartir luego los pecios y tesoros. Véase Thomas B. ALLEN, «*La época dorada de Cuba*», *National Geographic*, España, julio de 2001, págs. 69 a 84, y pág. 78, en particular.

cubierto la parte principal del tesoro del galeón español «*Virgen de Atocha*», que había naufragado en 1622 en los cayos de Florida, y cuyo rastro era seguido por dicha compañía desde hacía muchos años a pesar de encontrarse el barco a pocos metros de profundidad. La mencionada empresa consiguió además, años después, que los tribunales norteamericanos le reconocieran la plena propiedad de ese tesoro. El valor del tesoro ascendió, al parecer, a casi 70.000 millones de pesetas. Se ha calculado en 1.300 el número de barcos hundidos en el Río de la Plata, de los que unos 270 se habrían hundido antes del siglo XIX. Abundantes son también las noticias sobre barcos antiguamente hundidos frente a las costas de Cuba (desde donde solían partir durante siglos las flotas españolas hacia Sevilla), México, Uruguay o Ecuador, y el Archivo de Indias de Sevilla ofrece información sobre unas 80 naves perdidas⁹⁰.

El tema de la recuperación de tesoros de barcos antiguamente hundidos no es, como se ve, insignificante, y ha ganado actualidad desde que, durante la segunda guerra mundial, las necesidades de detección y lucha contra los submarinos propiciaron un incremento espectacular de los sistemas y técnicas de detección y búsqueda de objetos y metales bajo las aguas. Igualmente ha sido importante la investigación para la localización de minerales submarinos. Tema el de los tesoros, además, de interés muy especial para nuestro país, porque en la bahía de Cádiz existen al parecer bastantes barcos antiguamente hundidos⁹¹.

En fin, para delimitar con mayor precisión el tema de la recuperación de pecios tratado en las páginas precedentes, es útil realizar todavía dos advertencias. La primera de ellas, que quedan fuera de la regulación explicada, como afirman FARIÑA y ALFÍN Y DELGADO⁹², los casos de reflatamiento de buques conseguido normalmente de forma inmediata a su naufragio y recuperando el completo navío y lo que permite considerarlo como tal: su flotabilidad y su posible uso futuro. Estos supuestos se consideran más bien casos de salvamento o asistencia y habrían de regularse por sus normas específicas, también contenidas en la Ley de 24 de diciembre de 1962.

La segunda advertencia a realizar es la de que la regulación más arriba

⁹⁰ Véase el libro *Tesoros sumergidos...*, de LATIL, Pierre de, y RIVOIRE, Jean, 320 págs., Ed. Louis de Caralt, Barcelona, 1962. Y, finalmente, *Trésors du monde enterrés, emmurés, engloutis*, de CHARROUX, Robert, 312 págs., «J'ai lu», Librairie Arthème Fayard, 1962.

⁹¹ Amplia información y bibliografía sobre arqueología submarina puede encontrarse en el libro *VI Congreso Internacional de Arqueología submarina*, publicado por el Ministerio de Cultura, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, en Cartagena, 1982.

⁹² Véase de estos autores, *Nueva Ley sobre salvamentos y hallazgos en el mar*, 1964, páginas 44, 171 y 194.

explicada vale sólo, según ya he indicado, para la recuperación de pecios lograda dentro de las aguas territoriales españolas. La recuperación de pecios fuera de las aguas territoriales de algún país, en alta mar, es más rara en la práctica, y plantea una problemática diferente que suelen estudiar los especialistas de Derecho internacional. El punto de partida histórico, según este Derecho, y todavía hoy la praxis habitual, es el de la libertad de los mares y, por tanto, el de libre recuperación u ocupación de los pecios sin necesaria licencia de Estado alguno⁹³, aunque se ha defendido también como limitación a dicho principio la aplicabilidad a los pecios recuperados del Derecho del Estado en que primeramente se desembarca tras la expedición recuperatoria⁹⁴, o, con mayor fundamento, la aplicabilidad del Derecho del Estado de la bandera del buque que haya conseguido la recuperación del pecio⁹⁵. Migliorino señala una tendencia del Derecho internacional actual hacia el robustecimiento en estas materias (para pecios de interés histórico o cultural, al menos) de la jurisdicción del Estado costero⁹⁶.

⁹³ Véase en tal sentido, sobre todo, MIGLIORINO, Luigi, *Il recupero degli oggetti storici ed archeologici sommersi nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 89 y ss., y 114 y ss. Más recientemente pueden consultarse también AJELLO, Nadia, «La ricerca archeologica nell'evoluzione del diritto del mare», págs. 101 a 174, y LOJACONO, Enza, «La scoperta di opere d'arte (note di dottrina e giurisprudenza)», págs. 190 a 193, ambos trabajos en la obra colectiva *Ritrovamenti e scoperte di opere d'arte*, Giuffrè, Milano, 1989, 195 págs. En la doctrina española pueden prestar alguna utilidad a nuestro propósito los libros de ALBIOL BIOSCA, Gloria, *El régimen jurídico de los fondos marinos internacionales*, Tecnos, 1984, 209 págs., y el libro del mismo título de BRICEÑO BERRÚ, José E., Librería Bosch, 291 págs., 1986.

⁹⁴ Véanse, en tal sentido, ALFÍN Y DELGADO, Felipe, *El mundo submarino y el Derecho*, 1959, págs. 87 y 98 y ss., y también FARIÑA, Francisco, y ALFÍN Y DELGADO, Felipe, *Nueva Ley sobre salvamentos y hallazgos en la mar*, 1964, págs. 170 y 179-180.

⁹⁵ Véase, en tal sentido, AJELLO, Nadia, «La ricerca archeologica nell'evoluzione del diritto del mare», págs. 105 y 131, en la obra colectiva citada en la nota 93.

⁹⁶ Véase del autor *Il recupero degli oggetti storici ed archeologici sommersi nel diritto internazionale*, 1984, pág. 177.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en Montego Bay, de 10 de diciembre de 1982, ha dictado dos normas de interés para nuestro asunto, aunque muy ambiguas y problemáticas. Según el artículo 149 de la Convención: «Todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la Humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico». El artículo 303 de la Convención tiene varios párrafos. En el primero se establece la obligación del Estado de proteger los objetos de carácter histórico o arqueológico. En el segundo párrafo permite presumir que toda remoción, sin previa autorización, realizada dentro de las 24 millas constituirá una transgresión de las normas del ordenamiento jurídico interno. En el párrafo tercero se establece que dicha normativa se entiende sin perjuicio de los derechos de propiedad identificables, de las leyes sobre recuperación de pecios, de las normas sobre el derecho a la navegación o de las normas o de la praxis sobre cambios culturales. En el párrafo cuarto se hace similar salvedad respecto de los acuerdos internacionales en materia de «bienes culturales sumergidos» y de las normas del Derecho internacional sobre la protección de los objetos de carácter histórico y arqueológico. Sobre estas normas internacionales, puede verse AJELLO, Nadia, «La ricerca archeologica nell'evoluzione del diritto del mare», en la obra colectiva *Ritrovamenti e scoperte di opere d'arte*, 1989, págs. 105 y ss. y 158 y ss.

Los dos textos básicos del Derecho internacional en la materia son la Conferencia de la ONU sobre Derecho del mar de Miami (Montego Bay) de 10 de diciembre de 1982 y la Convención de la UNESCO de París de 2 de noviembre de 2001 está aún no ratificada por España (junio 2003) ni vigente.

La Conferencia de la ONU de 1982 estableció, bajo el designio general de proteger los objetos arqueológicos submarinos en beneficio de toda la Humanidad, unas directrices vagas y no claramente priorizadas sobre respeto a unos «derechos preferentes» del Estado de origen del pecio; o de origen cultural; o de origen histórico. También la exigencia de previa autorización para remociones o excavaciones submarinas en una franja que ocuparía las 24 primeras millas náuticas desde la costa. Y salvedades sobre «derechos de propiedad identificables»; sobre leyes de recuperación de pecios; sobre acuerdos internacionales⁹⁷; etc.

Mayor concreción e importancia presenta la Convención de la UNESCO de París de 2 de noviembre de 2001, que entrará en vigor cuando, tras reunir ratificaciones de 20 Estados, transcurran tres meses (art. 27). La Convención es fruto de negociaciones prolijas que se han prolongado durante muchos años e intenta llenar un importante vacío jurídico, imponiendo con énfasis y energía los criterios de la mayoría de los Estados y de los arqueólogos profesionales frente a los de los llamados cazadores de tesoros y a los defensores de la libre ocupación y libre comercio de los pecios y de los objetos procedentes de ellos, criterios estos últimos hasta ahora claramente prevalentes en la práctica. La Convención, que se refiere a un «patrimonio cultural subacuático», tiene una breve introducción y 35 artículos, algunos de ellos de bastante extensión. La Convención hace una salvedad expresa de la vigencia de la Conferencia de la ONU de 1982 y del Derecho internacional en general (art. 3), así como de respeto a las reivindicaciones de soberanía o jurisdicciones nacionales (art. 2-11.^o), y de respeto a los tratados internacionales anteriores a la propia Convención (art. 6-3.^o). La Convención no parece declarar expresamente ningún principio jurídico o regla para los pecios situados en alta mar. Recuérdesse que de la Ley española de 1962 y de su relación con la LPHE parece deducirse la posibilidad de adquisición en España por el Estado y por el hallador ocupante («premio») de objetos individuales o transportables tanto «interesantes» (sin duda puede haberlos incluso en alta mar) como no «interesantes» para el Patrimonio Histórico Español.

⁹⁷ En mayo de 1999 un tribunal estadounidense de Virginia, invocando un Tratado internacional de 1763, ha declarado a España dueña del Juno, un barco hundido en 1802, aunque también parece haber influido una Ley norteamericana sobre pecios de 1987. El conflicto ha sido finalmente zanjado por una sentencia de 20 de febrero de 2001 del Tribunal Supremo norteamericano. Hay amplios reportajes periodísticos del diario *El País*, de 17 de mayo de 1998 y de 21 de febrero de 2001.

El criterio o directriz prioritario, que se dice que se adopta en beneficio de toda la Humanidad, es el de la preservación *in situ* de los pecios (art. 2-5.º), de modo que, sólo de ser necesaria, se contempla una «cuidadosa recuperación» de los mismos. Cuando se realice esta recuperación se procurará que se asegure la preservación a largo plazo de los objetos recuperados (art. 2-6.º). Se alude a la conveniencia de alentar un (difícil de imaginar) acceso del público al patrimonio cultural subacuático «*in situ*» (art. 2-10.º). El patrimonio cultural subacuático se relaciona con bienes muebles (incluyendo aeronaves) o inmuebles de interés cultural, histórico o arqueológico que hayan estado bajo el agua por lo menos durante cien años (art. 1.º). Se declara muy genéricamente que el patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial (art. 2-7.º), pero se piden medidas a los Estados partes para impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión del patrimonio cultural subacuático exportado *ilícitamente* y/o recuperado, cuando tal recuperación sea *contraria a la propia Convención*.

La Convención reconoce plena competencia a los Estados Partes para regular el patrimonio cultural subacuático en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial, aunque con ciertas obligaciones de notificar el descubrimiento del pecio a otros Estados Partes (art. 7-1.º y 3.º); y una competencia más limitada para regular dicho patrimonio cultural subacuático en la zona contigua (zona económica y plataforma continental), donde la regulación que podrá dictar el Estado Parte será sólo adicional a la de los artículos 9 y 10 de la propia Convención y del párrafo 2.º del artículo 303 de la Convención de la ONU de 1982 (cfr. art. 8). Los artículos 9 a 12 de la Convención regulan con bastante detalle la protección del patrimonio cultural subacuático en la zona económica y en la plataforma continental, sobre la base de que el descubrimiento de los pecios o los intentos de actuar sobre ellos se notifiquen por el hallador al Estado costero y por éste a otros Estados Partes, además de al Director General de la UNESCO, pudiendo actuar un Estado Coordinador, y manteniendo la Convención un criterio muy restrictivo en cuanto al otorgamiento de posibles autorizaciones de recuperaciones o actuaciones sobre los pecios. La Convención regula una coordinación de los Estados Partes en estos cometidos y recomienda la solución pacífica de las controversias (arts. 11, 12, 19 y 25). La Convención ordena también que se preste una especial atención a los derechos preferentes de los Estados de origen cultural, histórico o arqueológico (art. 12-6.º). Se prevé que los Estados impongan sanciones y que deberán privar a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades ilícitas, pudiendo los Estados incautar y retener en principio los elementos del patrimonio cultural subacuático ilícitamente extraídos o recuperados por los particulares (arts. 17 y 18). Aunque el Estado que incaute esos bienes, debe tomar en consideración los intereses de

cualquier Estado que tenga un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, con el patrimonio cultural subacuático de que se trate (art. 18-4.º). Se recomienda también que las autoridades de los Estados Partes elaboren y actualicen un Inventario del patrimonio cultural subacuático (art. 22).

No ha incluido, como se ve, la Convención de París de 2001, normas genéricas de competencia jurisdiccional ni sustantivas. Con las normas fuertemente proteccionistas y bienintencionadas que establece no es seguro que vaya a dejar de existir una amplia incertidumbre e inseguridad en la materia. Cabe una cierta duda de si no hubieran disminuido más esa incertidumbre y si no hubieran sido más realistas y eficaces normas jurisdiccionales y sustantivas, al menos subsidiarias o genéricas, que hubieran reconocido acaso parte de los pecios descubiertos a los descubridores o recuperadores. Hubiera podido establecerse también alguna norma que sancionase la pérdida de la propiedad del pecio a partir de cierta antigüedad de la pérdida (por ejemplo, dos siglos, o tres siglos, ...). La conocida partición adrianea del tesoro oculto quizás hubiera podido ser criterio orientativo en esta dirección sugerida. Por ejemplo, hubiera podido reconocerse la propiedad de una porción (¿la mitad?) del pecio a los descubridores recuperadores, que tendría su fundamento en el principio de la ocupación, y la propiedad de otra porción (¿la mitad?) al Estado costero, que podría tener su fundamento jurídico en una idea amplia o relajada de accesión. Nuestro Código civil conoce aplicaciones de esta idea relajada de accesión por mera proximidad entre la cosa principal y la cosa accesorio (cfr. arts. 371 y 373). No parece haberse alumbrado todavía, en definitiva, un claro Derecho común con criterios iusprivatistas que vayan al fondo del problema, y el vigente Derecho internacional parece inspirado de momento más por una mera perspectiva administrativista de intencionalidad conservacionista o proteccionista.

VI. HALLAZGOS DE INMUEBLES INTERESANTES PARA EL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

1. CUESTIONES GENERALES

El régimen jurídico de los hallazgos de inmuebles de interés histórico-artístico ha resultado siempre muy oscuro en el Derecho español desde los orígenes de esta legislación especial. Sólo el artículo 4 de la Ley de 7 de julio de 1911 contempló expresamente los hallazgos de «ruinas» de interés histórico-artístico, pero sin conseguir aclarar el muy oscuro panorama que existía sobre el tema en el momento en que se promulgó aquella ley especial. Me he

referido en otras ocasiones anteriores⁹⁸ a este difícil problema, que propuse resolver de *lege lata* sobre la base de entender que el mencionado artículo 4 de la Ley de 1911, vigente hasta la actual Ley de 25 de junio de 1985, dejaba las «ruinas» descubiertas bajo tierra íntegramente al dueño del terreno, sin que el descubridor adquiriese nada por ocupación, y debiendo indemnizarle el Estado que se decidiese a expropiar las «ruinas» únicamente lo gastado en las exploraciones y excavaciones.

En la Ley de 25 de junio de 1985 el problema volvió a quedar muy mal resuelto, porque, como ya he adelantado, ni siquiera podemos saber con seguridad si toda o parte de la deficiente regulación que hemos estudiado en los epígrafes anteriores se aplica o no a los hallazgos de bienes inmuebles de interés para el Patrimonio Histórico Español. Se trata de un grave olvido que padecieron los autores del proyecto de ley de 14 de septiembre de 1981, y en el que persistieron luego los autores de la Ley estatal vigente, pese a que había yo señalado el fallo insistentemente en mi comentario sobre aquel proyecto de ley⁹⁹. Las recientes leyes autonómicas mantienen también, en general, este mismo error o carencia. Sigo hoy pensando, en el sentido de mis mencionadas propuestas de *lege ferenda* de 1981 y 1983, que una regulación razonable de los hallazgos inmuebles «interesantes» hubiera podido ser, aparte de la atribución legal de la propiedad de lo hallado al Estado como bien claramente diferenciado de la finca continente, la fijación de un mero premio legal, de flexible y moderada cuantía (la fijé entonces en un máximo del diez por ciento del valor de tasación del hallazgo inmueble «interesante» descubierto), tanto fuera o no casual el hallazgo, y con fundamento legal claramente diverso del de los principios civiles de la ocupación y la accesión. Es fundamental entender que en estos supuestos el valor real, y por tanto también el valor de tasación, de los hallazgos inmuebles «interesantes» puede ser inmenso y que sólo será susceptible de fijación precisa al terminarse por completo las excavaciones, acaso muchos años después de realizarse el hallazgo. También hay que entender que los hallazgos de inmuebles «interesantes» suelen provocar mayor merma en el valor de la finca continente (merma de edificabilidad, por ejemplo) que los de muebles «interesantes», y que dicha merma en el valor del inmueble continente será casi siempre definitiva (salvo si se traslada íntegro el hallazgo inmueble «interesante»), y que será casi siempre, sin embargo, de cuantía inferior al valor actual del propio inmueble hallado «interesante».

⁹⁸ Véase *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 657, y *Sobre la anunciada reforma...*, págs. 265 a 268. ALEGRE ÁVILA ha dado una explicación algo diferente de la mía, sosteniendo, por ejemplo, que la Ley de 1911 ya introdujo una profunda publicación del sistema o que el artículo 40 de la Ley de 1933 habría alcanzado a los hallazgos de «ruinas» interesantes, lo que no me convence. Véase del autor, el tomo 2.º de su obra citada, 1994, págs. 372-373 y 403.

⁹⁹ Véase *Sobre la anunciada reforma...*, pág. 265.

Con todo, aunque parece que el legislador no ha contemplado en forma nítida y consciente los hallazgos de «ruinas» interesantes como hallazgos de bienes autónomos o independientes de las fincas en que se contienen (creo que no, en particular, en los arts. 12 y ss. de la Ley), al intérprete no le queda otra opción que intentar aclarar el texto legal y buscar alguna solución a los problemas. Creo que pueden señalarse tres principales problemas en cuanto al tema propuesto. El primero, el de si el artículo 44-1.º de la LPHE y su declaración del dominio público de los «restos» alcanza o no a los inmuebles hallados de interés histórico artístico. El segundo, el de si los llamados premios legales del artículo 44-3.º alcanzan o no a los hallazgos de inmuebles «interesantes». Y el tercero, el de la distinción, insuficientemente marcada en la LPHE, entre hallazgos «interesantes» en el campo y hallazgos «interesantes» en contextos urbanos, con explicación de la problemática específica de estos últimos hallazgos «interesantes» sucedidos en obras de nueva urbanización o de reforma urbanística.

En cuanto al primero de los problemas enunciados, diré que para la doctrina hasta ahora existente, incluidos mis propios trabajos, así como para el Tribunal Supremo¹⁰⁰, la declaración del artículo 44-1.º de la LPHE alcanza a los hallazgos de inmuebles «interesantes» para el Patrimonio Histórico Español¹⁰¹. Aunque hoy sigo viendo esa explicación como defendible y sobre todo como preferible, entiendo, en una nueva consideración del problema, que la misma no está claramente establecida en la LPHE. En efecto, podría acaso defenderse también que, como ocurriría en el sistema anterior a la LPHE, el Estado necesitase expropiar, al no pertenecerle originariamente, los bienes inmuebles hallados e «interesantes». Y ello porque la Ley contempla la expropiación del yacimiento arqueológico o de la Zona Arqueológica (arts. 43 y 37-3.º), sin hacer distinción ninguna entre el contenido inmueble «interesante» y las fincas continentes, distinción que hubiera sido perfectamente lógica desde la perspectiva de la propia legislación de expropiación forzosa (cfr. art. 23 de la LEF, por ejemplo)¹⁰². Y lo mismo cabe decir del derecho de tanteo y retracto que la Ley otorga a la Administración sobre las Zonas Arqueológicas, en cuya regulación no se hace salvedad alguna sobre la nece-

¹⁰⁰ Véanse las dos sentencias que se citan en la nota 106.

¹⁰¹ Véanse, por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, 1989, pág. 783; y ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, obra citada, tomo 2.º, 1994, págs. 401 y ss.

¹⁰² La sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1997 traza, en otro sentido, una interesante distinción entre el artículo 37-3.º, que entiende ampara expropiaciones plenas de las fincas continentes, y el artículo 43, que entiende ampara únicamente expropiaciones a título de ocupación temporal de los terrenos. Cfr. *Aranzadi*, n.º 740. Con todo, cuando lo hallado sea un conjunto de restos inmuebles «interesantes», parece difícil que dicha distinción se pueda mantener hasta sus últimas consecuencias.

sidad de descontar el precio del inmueble «interesante» mismo descubierto (art. 38). Además, el artículo 44, desde el inciso 2.º del apartado 1.º en adelante, y lo mismo la letra del artículo 42-2.º, contemplan sólo bienes muebles u «objetos», con evidente olvido de la posibilidad de hallazgos inmuebles «interesantes». Y la dominialización de hallazgos «interesantes» inmuebles merma mucho el valor de la propiedad de la finca continente, por lo que debería haberse establecido claramente por el legislador. Seguiría sin modificarse, según esto, la solución que más probablemente contenía el artículo 4 de la Ley de 1911. De modo que no resulta del todo indefendible la tesis de que los hallazgos inmuebles «interesantes» requiriesen acaso expropiación para pasar a ser de propiedad estatal, pudiendo pensarse, dentro de dicha tesis, bien que tras la expropiación esos bienes quedaran definitivamente como bienes patrimoniales de la Administración (no de dominio público), bien que tras la expropiación, y por una especie de afectación *ex lege* (art. 44-1.º LPHE), ingresaran en el dominio público. Pero, conforme a esta interpretación, la Administración tendría que pagar en todo caso el (acaso, elevadísimo) justo precio del hallazgo inmueble «interesante» al dueño del terreno continente, además del justo precio de la finca continente o de parte de ella, en su caso. De esta interpretación habría que derivar la segura exclusión de la aplicabilidad del artículo 44-3.º a nuestro caso, porque si la Administración tenía que pagar el justiprecio del hallazgo inmueble «interesante» al dueño del lugar, ya carecería por completo de sentido que tuviera que pagarle además la cuarta parte del valor de dicho bien descubierto ¹⁰³.

¹⁰³ Razonamiento que puede oscurecerse un tanto si se interpreta el artículo 44-3.º LPHE en el sentido de que se refiere a premios por las dos mitades (no cuartos) del valor de la cosa «interesante» descubierta, sobre todo si en el supuesto el descubridor y el dueño del lugar son una misma persona. En un supuesto en que, al parecer, sucedía eso, y en el que se había realizado un descubrimiento de una villa romana con valiosos mosaicos y pinturas murales en la localidad zaragozana de Azuara, y sobre el que tuvo que pronunciarse el Tribunal Supremo, Sección sexta de su Sala Tercera, en la Sentencia de 25 de septiembre de 2002, *Aranzadi*, n.º 9781, la Sala, partiendo de esa deficiente interpretación del artículo 44-3.º de la LPHE, presenta el premio como una expropiación especial de las reguladas en los artículos 76 a 80 de la Ley de Expropiación Forzosa, y aplica sin vacilar la noción de expropiación a la adquisición legal automática y como dominio público de los hallazgos inmuebles «interesantes» que se deriva del artículo 44-1.º de la LPHE, presuponiendo con ello que hay una propiedad originaria también sobre el hallazgo inmueble «interesante» del dueño de la finca continente y que el Estado tiene que pagar por hacerse con la propiedad del hallazgo inmueble «interesante», que se supone, entonces, expropiado (el «premio» sería el justiprecio) y no legalmente atribuido al Estado sin contrapartida por ministerio de la ley. Esta Sentencia es muy significativa de la falta de claridad en aspectos básicos de la LPHE que he señalado en el texto, porque esa inconveniente interpretación que propone, y que ha quedado criticada en el texto, es además esencialmente compartida por la Sentencia y por el Voto particular minuciosamente argumentado que presentaron dos de los magistrados del Alto Tribunal. La diferencia entre la Sentencia y el Voto particular es que la primera propugna la inicial validez de un justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación sólo en relación a la finca continente del yacimiento arqueológico y dejando para más adelante la fijación especial del justiprecio de los bienes

Con todo, como decía, considero más progresiva y preferible la interpretación habitual de la doctrina sobre el artículo 44-1.º LPHE, según la cual dicho precepto, de letra amplísima en su inciso primero, alcanzaría a los hallazgos inmuebles «interesantes». Según esta interpretación, los «restos» equivaldrían a las «ruinas» del derogado artículo 4 de la Ley de 7 de julio de 1911, pero perteneciendo por ministerio de la ley al dominio público, y esa concomitancia estaría reforzada por la clara alusión a bienes inmuebles de interés arqueológico de artículos como el 1-2.º, el 15-5.º y el 40-1.º de la LPHE. Incluso cabría alegar el artículo 41-3.º, que parece contraponer el término «restos» al término «objetos». En fin, el término legal «yacimientos» (arts. 1-2.º y 43) parece incluir también con toda normalidad la hipótesis del descubrimiento de ruinas antiguas, con frecuencia conteniendo también en tales casos bienes muebles «interesantes». Con esta interpretación, habría que entender, como en la expresa propuesta que de «*lege ferenda*» había formulado yo en 1983, que la expropiación de la finca debía necesariamente entenderse hecha con abstracción o descuento del (acaso, elevadísimo) precio que el mismo inmueble hallado «interesante» pudiera llegar a tener, debiendo recaer aquélla exclusivamente sobre la finca continente. Y ello, aunque por haber sido casual el hallazgo, se conociera ya en el inicial momento de expropiar el posible inmenso valor del hallazgo inmueble «interesante» allí contenido, pero ya originariamente de dominio público, como vemos, según esta tesis.

En cuanto al segundo de los problemas antes propuestos, que ya se ve que sólo tiene sentido si se acepta esta segunda interpretación propuesta para la cuestión antes considerada, podemos encontrar argumentos importantes tanto en favor de la no aplicabilidad del artículo 44-3.º a los hallazgos de inmuebles «*interesantes*» como en favor de su aplicabilidad a los mismos.

En favor de la no aplicabilidad cabe invocar, ante todo, algunos argumentos textuales, como el de que los dos artículos decisivos —el 44-3.º y el 42-2.º— utilicen la palabra «*objeto*», y el que el artículo 44-2.º se refiera a las reglas del depósito, que necesariamente se relacionan con bienes muebles; en

de interés cultural, y el Voto particular entiende que tenía razón el recurrente al haber solicitado la fijación conjunta y simultánea del justiprecio tanto de la finca continente como de los objetos de interés cultural descubiertos (objetos que el Voto particular no distingue, en mi opinión, con suficiente rotundidad del yacimiento arqueológico), justiprecios ambos que entienden los magistrados firmantes que podían y debían haberse fijado en ejecución de sentencia y por el cauce de los procedimientos mixtos que contempla hoy el artículo 73 de la Ley 30/1992. Aunque con ese Voto particular, lo cierto es que la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el dueño de la finca en que se realizó el hallazgo contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de enero de 2000.

el mismo sentido, el artículo 52 del Proyecto de Ley de 1981 se refería expresamente a «*bien mueble*». Además de esto, cabe decir que una tradición de siglos relaciona la partición adrianea del tesoro —la solución, todavía, del artículo 44-3.º— con los hallazgos de bienes muebles, y esa misma idea o relación podría estar implícita en la exclusión expresa del artículo 351 del Código que realiza el inciso final del artículo 44-1.º. En fin, todavía cabe alegar, en el mismo sentido, lo poco razonable de la solución del artículo 44-3.º aplicada al hallazgo de «*ruinas*» de interés histórico artístico: supondría reconocer un supuesto parcial de «ocupación» de bienes que, sobre ser inmuebles (que como norma pertenecen al Estado si son faltos de dueño, según el art. 21 de la Ley del Patrimonio del Estado), son además interesantes para el Patrimonio Histórico Español, y, además, el juego del principio de ocupación se vería limitado a los hallazgos casuales (art. 42-2.º), lo que restaría a esta regulación la poca racionalidad que pudiera conservar¹⁰⁴. Y en cambio, la tesis de la no aplicabilidad del artículo 44-3.º a los hallazgos de inmuebles «*interesantes*» parece compatible con la bastante plausible (aunque discutible, como hemos visto) explicación de que los mismos serían declarados «*bienes de dominio público*» por el artículo 44-1.º, sin reconocimiento de premio al descubridor ni al dueño del lugar, y en concepto de «*restos*» («*todos los objetos y restos materiales...*»)¹⁰⁵.

Pero, como decía más arriba, también existen importantes argumentos en favor de la tesis contraria o de aplicabilidad del artículo 44-3.º en nuestro tema. Esta tesis podría sintetizarse en la idea de que donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir; idea que presenta cierta fuerza aquí porque resulta duro referir sólo a los bienes muebles los apartados 2.º a 4.º del artículo 44, sin base clara en la letra de la Ley, y con lo fácil que hubiera sido distinguir bienes muebles e inmuebles, como en efecto hace el artículo 40-1.º. Y véanse también los artículos 14-2.º, 15-5.º y 22 de la Ley, que claramente parecen presuponer la posibilidad de hallazgos de inmuebles

¹⁰⁴ Además de que la aplicación de la idea de ocupación a bienes inmuebles enterrados desde antiguo presenta dificultad de realización práctica mayor aún que para los muebles hallados «*interesantes*». Es difícil valorar económicamente una estatua como la Dama de Baza, pero, ¿cuánto valdría, por ejemplo, un antiguo poblado o ciudad prehistórica descubierta bajo tierra? El problema tiene todavía mayor complejidad porque se relaciona con el también difícil problema que he mencionado en la nota 30 y texto correspondiente.

¹⁰⁵ Véase el artículo 53.b) del Proyecto de 1981, en que el término «*restos*» se utiliza como contrapuesto a bienes muebles y en el sentido de bienes inmuebles.

Por lo demás, la solución a que me refiero en el texto es plausible hasta cierto punto, ya que supone un duro trato para el descubridor, a quien no se reconoce derecho a premio ni derecho alguno al abono de los gastos realizados durante la excavación. En todo caso, la mencionada solución vendría insuficientemente regulada; véanse las sugerencias que sobre este complejo problema había propuesto yo en *Sobre la anunciada reforma...*, págs. 268 a 270.

«*interesantes*». Y dicha explicación queda reforzada por la consideración de la estructura del título V de la Ley; de que la Disposición derogatoria de la Ley deroga expresamente la Ley de 1911 (y su artículo 4, por tanto), y de que el artículo 41-1.º se refiere a «*toda clase de restos*», sin contraponer aquí «*restos*» a «*objetos*». Y todavía cabe añadir en el mismo sentido que la aplicabilidad del artículo 44-3.º a los hallazgos de inmuebles pudo extrañar menos a nuestro legislador en la medida en que supone adquisición de meros créditos y no de propiedad sobre las «*ruinas*», sobre todo si se tiene en cuenta que en la mente de nuestro legislador dichos créditos suponen «*premios*» y no adquisiciones por ocupación o por accesión. ¿Por qué, en efecto, con esta óptica, premiar sólo al descubridor de un mueble y no también al de un inmueble?

¿Cuál de las dos tesis debe, en definitiva, prevalecer? Yo veo la respuesta a este interrogante muy difícil porque, además, la duda se asienta en nuestro Derecho sobre unos antecedentes históricos muy oscuros en los que aparecen a su vez como defendibles soluciones similares a cada una de las dos propuestas. En fin, considerado todo, y en trance de elegir una de estas dos teorías, ambas insatisfactorias por sus resultados, me inclinaría por la primera o de no aplicabilidad del artículo 44-3.º a los hallazgos de inmuebles interesantes para el Patrimonio Histórico Español ¹⁰⁶. Quizás ilumine este difícil problema jurídico el dato de que en febrero de 1994 un equipo de arqueólogos (cierto que con hallazgo no casual) descubrió entre los ríos Tres Bocas y Nautla, en el Estado mejicano de Veracruz, una inmensa ciudad prehispánica de unos 5 kilómetros cuadrados, con una zona aledaña investigable de unos 100 kilómetros cuadrados, que se estima va a dar lugar a cien años de excavaciones e investigaciones. ¿Sería concebible y racional para un hallazgo así y casual (lo que no es imposible que ocurra) la concesión de unos premios como los de nuestro artículo 44-3.º LPHE? A finales de septiembre de 2002 ha sido descubierta en el norte de China, casualmente y mientras se realizaban trabajos de repoblación forestal, la ciudad de Tongwancheng, construida, según se sabía por ciertos documentos, el año 419 por los xiongnu o «*hunos*», nombre con el que fueron conocidos en Europa. Esta importante

¹⁰⁶ ALEGRE ÁVILA, se inclina en cambio por la aplicabilidad del art. 44-3.º a los hallazgos de inmuebles «*interesantes*», considerando mis argumentos, a los que presta esmerada atención, excesivamente civilistas. Véase su obra citada, Tomo 2.º, 1994, págs. 420 a 423. En el mismo sentido, aunque con muy pobre argumentación, y valorando a la baja en menos de siete millones de pesetas una villa romana de 1080 metros cuadrados, la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992, *Aranzadi*, n.º 560; y también, esta vez con más cuidada argumentación de signo administrativista, y en un interesante caso de descubrimiento de una cueva con pinturas rupestres, la Sentencia de la Sala contencioso administrativa, Secc. 7.ª, del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001, *Aranzadi*, n.º 6928.

ciudad, al faltarle el agua por el avance del desierto, desapareció y permaneció durante mil años en lugar desconocido bajo las arenas del desierto, habiendo sido ahora descubierta casualmente. Otro ejemplo ilustre de hallazgo inmueble «interesante» fue el de la llamada Villa Casale, sucedido, aunque se conocía el yacimiento y había habido excavaciones ya a finales del siglo XIX, en 1929, en las afueras de la localidad siciliana de Piazza Armerina, tomándose plena conciencia de la importancia de lo hallado en 1954. En la que fuera lujosa mansión de un latifundista romano se descubrieron unos mosaicos formidables, perfectamente conservados durante siglos bajo lodo solidificado procedente de una inundación sucedida en el siglo XII, y que han dado fama mundial a este lugar. La Villa Casale tiene unos 4.000 metros cuadrados, se sigue excavando cuidadosamente todavía, y recibe cada año miles de turistas. Es claro que del artículo 44-3.º LPHE no cabría extraer, ni de su aplicación ni de su inaplicación, una solución razonable para un supuesto así, si sucediera en nuestro país. Sólo un genuino premio legal, más moderado y flexible en su cuantía, y sin fundamento en los principios de ocupación o de accesión, parece acomodarse con racionalidad y coherencia a las características de estos hallazgos inmuebles «interesantes». Esto es lo que yo había solicitado de *«lege ferenda»* en mis propuestas de 1981 y 1983.

La solución que se prefiera de entre las dos posibles y explicadas será aplicable a los hallazgos de inmuebles «*interesantes*» realizados bajo aguas territoriales españolas, debiéndose advertir que la Ley de 1962 tampoco contempla hallazgos de bienes inmuebles ocultos.

2. ARQUEOLOGÍA Y URBANISMO

La tercera cuestión que he dejado planteada al inicio del anterior subepígrafe es la de que la LPHE no ha marcado suficientemente la diferencia entre los hallazgos de inmuebles «interesantes» que se producen en el campo y los que se producen en contextos de urbanización de ciertas zonas o de reformas urbanas, supuestos éstos que son considerablemente distintos. Acaso el artículo 15-5.º ha insinuado la mencionada distinción al contraponer «*lugar*» a «*paraje natural*». Planteo aquí esta cuestión, al tratar los hallazgos de inmuebles «interesantes», aunque no es descartable del todo que puedan descubrirse en contextos urbanos también meros yacimientos arqueológicos que contuvieran sólo bienes muebles «interesantes» y que, pudiendo dar lugar a la declaración de una Zona Arqueológica, incidieran también en el Derecho urbanístico. Sin embargo, las fricciones entre la LPHE o leyes autonómicas equivalentes y el Derecho urbanístico suelen producirse más frecuentemente

por hallazgos más o menos inesperados de «ruinas» antiguas al urbanizar o realizar reformas urbanas.

El régimen de los hallazgos de inmuebles «interesantes» realizados en el campo es, en principio, más simple (aun con las graves dudas apuntadas) por no plantearse tan fácilmente conflictos de intereses con otros derechos pre-existentes o no ser tan complejos dichos conflictos de intereses. Piénsese, por ejemplo, en el famoso yacimiento de Atapuerca, situado a 15 kilómetros de Burgos, o en la villa romana de 1080 metros cuadrados que descubrió un pastor en campos toledanos mientras apacentaba su rebaño (supuesto al que se refiere la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992). Estos supuestos son bastante diferentes de los que se producen cuando surgen unas ruinas íberas o visigóticas o árabes o romanas al demoler un viejo edificio para construir otro o al abrir una calle de una ciudad para reformarla o para arreglar las canalizaciones del agua ¹⁰⁷.

Sólo podemos aquí esbozar las grandes líneas que ofrece nuestro Derecho sobre estos últimos hallazgos de inmuebles «interesantes» en contextos urbanos, y con atención exclusiva a la LPHE, advirtiendo que prescindimos de los matices que sin duda se podrán encontrar en las legislaciones autonómicas tanto urbanísticas como sobre el Patrimonio Cultural o Histórico. La LPHE impone una fulminante suspensión de obras urbanísticas en curso cuando se producen hallazgos de ruinas antiguas «interesantes» o meros indicios de su existencia (cfr. arts. 16, 22, 25 y 37), e impone la posibilidad de declarar el lugar Zona Arqueológica y Bien de Interés Cultural (arts. 6, 9, 14-2.º y 15-5.º), con las consecuencias que ya se explicaron y con el efecto retroactivo al momento de la incoación del expediente que ya se señaló (art. 11-1.º). También cabrá, como vimos, que se declaren Bienes Inventariables algunos bienes muebles «interesantes» que se descubran en dicho lugar. Y como complemento de dicha regulación las leyes urbanísticas suelen calificar el suelo

¹⁰⁷ Mientras escribo estas líneas (el suceso acaeció al iniciarse el año 2002) se ha planteado en Zaragoza un supuesto muy característico de lo que explico. El Ayuntamiento de la ciudad había decidido construir un aparcamiento subterráneo bajo el Paseo de la Independencia, arteria vital de la ciudad y centro mismo de ella, con seis carriles abiertos al tráfico. Al excavar el Paseo se descubrió un arrabal árabe del siglo XI de enorme valor histórico y arqueológico, según los expertos. Algunos piensan además que bajo el arrabal árabe se encontrarían ruinas romanas. Las obras en el Paseo, evidentemente cerrado al tráfico, están produciendo enormes trastornos en la vida normal de la ciudad. Algunos historiadores propusieron, a pesar de ello, extender la zona de la excavación a terrenos circundantes (no, afortunadamente, dinamitar los edificios habitados del Paseo, para proseguir las excavaciones), y algunos historiadores o políticos propusieron dejar peatonal el Paseo y mostrar al público el arrabal árabe, lo que representaba una auténtica revolución y reestructuración urbanística general de la ciudad. Finalmente, las autoridades han renunciado a construir el aparcamiento subterráneo, han iniciado en junio de 2002 un expediente para declarar Zona Arqueológica el Paseo de la Independencia y han decidido dejar el arrabal árabe bajo el (en ese lugar) casi inevitable asfalto.

de valor arqueológico como suelo no urbanizable (véase, por ejemplo, el artículo 9-1.º de la Ley del Suelo estatal 6/1998). A partir de la fulminante (o posiblemente fulminante) suspensión de las obras urbanísticas en curso, se hace precisa una colaboración entre la Administración competente sobre el Patrimonio y la Administración municipal, competente en urbanismo, gozando ambas de bastante discrecionalidad, y debiendo redactar nuevos planes especiales o reformar los existentes (arts. 7 y 20, 1.º y 3.º de LPHE)¹⁰⁸. El legislador no ha distinguido según en qué terrenos se realiza el concreto hallazgo «interesante», que sobre todo en los contextos urbanos pueden presentar una diversidad jurídica muy considerable. Pueden ser esos terrenos de dominio público municipal (una calle o un parque), o de propiedad privada patrimonial de un ente público, o de propiedad privada, o de alguna de las formas de cotitularidad a que pueden dar lugar los procesos de urbanización, etc.

La protección legal en nuestra legislación estatal a las ruinas antiguas descubiertas es muy enérgica, pero no ilimitada. Predomina la idea de la conservación, incluso pensando en las generaciones futuras, varias veces mencionadas (Exposición de Motivos y art. 1-1.º). Se tiende, en lo posible, a no destruir las ruinas «interesantes» y a dejarlas en su emplazamiento originario¹⁰⁹. Pero esto, no de una forma absoluta (cfr. arts. 7, 16-1.º, 18, 37-2.º, 39-3.º, adaptable a esta interpretación, o el artículo 22-1.º, que confiere a la Administración la posibilidad, y no la obligación, de ordenar excavaciones). La construcción de una importante obra pública (un canal; o un metro suburbano; o un muro de contención de un río; por ejemplo) o la necesidad de mantener una calle que resulte una arteria vital de una ciudad, deben poder justificar en algún caso la destrucción de las ruinas antiguas «interesantes», una vez estudiadas por los arqueólogos. En ocasiones, el traslado de las ruinas antiguas «interesantes» podrá ser también una solución, pero no parece que ello sea siempre factible o económicamente accesible.

¹⁰⁸ La delimitación precisa entre competencias municipales y autonómicas plantea dudas en ocasiones. Véanse las sentencias de la Sala contencioso administrativa, Sección 4.ª, de 7 de julio de 1999 y de 25 de enero de 2000, esta última también con dudas sobre el nivel de la protección de la propiedad intelectual de los trabajos de los arqueólogos. *Aranzadi*, n.º 5924 y 662, respectivamente.

¹⁰⁹ Cabe citar aquí, aunque no sea estrictamente un supuesto de hallazgo de ruinas, la Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo, de 16 octubre de 2000, en la que se hace una trabajada defensa del artículo 39-2.º LPHE y de su rigurosa aplicación, considerando casi intocables las prácticamente ya inexistentes ruinas del Teatro Romano de Sagunto y nulo un proyecto municipal de restauración imaginativo y modificativo. Cfr. *Aranzadi*, n.º 7777. Esta Sentencia, pese a su correcta argumentación formal, alcanza un resultado irrazonable e injusto, que pone de manifiesto la excesiva rigidez del precepto legal en que se funda. Véase, en dicho sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La resurrección de las ruinas*, Cuadernos Civitas, 2002, 88 págs.

La suspensión de obras iniciadas es vivida habitualmente por las empresas constructoras, como ha sido notado ¹¹⁰, como una desgracia, lo que explica también que algunos constructores prefieran destruir los restos arqueológicos casualmente descubiertos, silenciar el hallazgo, y arriesgarse a soportar las correspondientes sanciones penales o administrativas ¹¹¹. En ocasiones, las actuaciones ilícitas de los constructores coinciden también con actuaciones ilícitas de la propia Administración ¹¹². La Administración, según las reglas generales de su bastante severa responsabilidad patrimonial (arts. 139 y 140 de la Ley 30/1992), soporta a la larga las indemnizaciones por los retrasos en las obras o por la imposibilidad de realizarlas ¹¹³, sin que la LPHE contenga ninguna norma paliativa de dicha considerable carga ¹¹⁴, ni aclare suficientemente, puesto que son normalmente dos las Administraciones intervinientes, la municipal y la responsable del Patrimonio Histórico, cuál de ellas y en qué medida debe financiar los costos de las obras necesarias o de los mencionados daños a las obras en curso perjudicadas ¹¹⁵. Esta proble-

¹¹⁰ Véase LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, quien afirma también, y en relación con ello, que la Administración no suele cubrir íntegramente el costo de las actuaciones arqueológicas, *La Ley valenciana del Patrimonio Cultural*, 1999, pág. 110.

¹¹¹ Véase un típico supuesto de ello en el caso decidido por la Sentencia de la Sala contencioso administrativa, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1999, en que se impuso una multa de 4 millones de pesetas. *Aranzadi*, n.º 3951. O la Sentencia de la misma Sala y Sección de 19 de mayo de 1998, en la que el dueño del terreno y constructor intentó infructuosamente oponerse a la orden administrativa de paralización de las obras. *Aranzadi*, n.º 4177.

¹¹² Tal sucedió, por ejemplo, en el caso resuelto por la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989, *Aranzadi*, n.º 5736.

¹¹³ Véase, en tal sentido, por ejemplo, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, en la obra y lugar citados. O véase sobre el tema BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, *Mecanismos de protección y financiación de la arqueología urbana*, RAP, n.º 41, 1996, págs. 95 a 129. Otro importante problema que cabe plantear, sobre todo si se niega el «premio» del artículo 44-3.º de la LPHE al dueño del lugar, es el de si éste podría reclamar también por responsabilidad patrimonial de la Administración indemnización por la merma de valor sufrida en su finca continente a consecuencia del hallazgo inmueble «interesante». Aunque la solución pudiera parecer justa en principio, parece topar con la excepción que señala el inciso primero del artículo 141, apartado 1.º, de la Ley 30/1992 para los casos en que exista un deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley. Y recuérdese que análoga excepción se propone siempre a la operatividad del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto. Véase sobre la cuestión la Sentencia contencioso administrativa del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998, *Aranzadi*, n.º 1214.

¹¹⁴ Acaso podría haber antepuesto el legislador expresamente a la responsabilidad civil de la Administración la del constructor que clandestina y dolosamente destruyese los restos arqueológicos aparecidos.

¹¹⁵ Es interesante al respecto, aunque no se refiera exactamente a bienes arqueológicos, la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1999, que imputa la responsabilidad económica por la paralización de las obras al Ayuntamiento, que es quien había ordenado la misma, a pesar de que la competencia para esa paralización reconoce que correspondía al órgano autonómico competente en materia de Patrimonio. Cfr. *Aranzadi*, n.º 3890.

mática, puede a veces coincidir con la que plantean edificios declarados en ruina e «interesantes»¹¹⁶.

VII. DESCUBRIMIENTO DE CUEVAS CON PINTURAS RUPESTRES O DE GRAN BELLEZA NATURAL

Según el artículo 40-2.º LPHE, son bienes de interés cultural por ministerio de la ley «*las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre*». Es el único caso de bien de interés cultural por ministerio de la ley que contempla la LPHE (cfr. art. 9-1.º). Pero esta norma parece que se aplicará sólo plenamente a las futuras cuevas con pinturas rupestres que puedan descubrirse tras la entrada en vigor de la LPHE, habiendo quedado las cuevas de ese tipo ya conocidas bajo la Disposición Adicional primera, puesto que habían sido ya habitualmente declaradas monumentos histórico artísticos¹¹⁷. Pero parece que, para las cuevas con pinturas rupestres que en el futuro se hayan de descubrir, como bienes inmuebles que serán, sería dudoso, en los términos que ya he explicado, si podrían o no considerarse directamente de dominio público como «*restos materiales*» ex artículo 44-1.º LPHE (si se piensa que sí, desde luego que, entonces, sin efecto retroactivo) y si habría o no lugar en tales casos a «*premios*» para descubridor y dueño del lugar. En todo caso, la Ley parece que contempla, e incluye en el dominio público, la cueva misma como bien inmueble diverso de la finca continente o circundante, y como bien también más amplio, por otra parte, que la superficie estrictamente cubierta por las pinturas rupestres¹¹⁸. Si el Estado necesitase en algún caso expropiar la finca continente de la cueva creo que debería poder hacerlo fijando el justiprecio con abstracción del valor actual de la cueva, necesariamente incrementado por el valor de las pinturas descubiertas¹¹⁹. Creo que no es absolutamente descartable, y que la ley no lo impediría necesariamente, el que la Administración decidiera trasladar en la forma posible una cueva con pinturas rupestres, por exigencia de la realización de una importante obra pública (embalse; autopista; túnel para un tren; etc.).

¹¹⁶ Véase sobre el tema QUINTANA LÓPEZ, Tomás, con cita de abundante jurisprudencia, *Declaración de ruina y protección del patrimonio histórico inmobiliario*, Ed. Tecnos, 1991, 60 págs. O también, ABAD LICERAS, José María, *La situación de ruina y la demolición de inmuebles del patrimonio histórico*, Editorial Montecorvo, 2000, 230 págs.

¹¹⁷ Véase, en tal sentido, BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, 1990, pág. 232.

¹¹⁸ Aunque tal sea la letra de la Ley, parece tener razón BARCELONA LLOP, Javier, al afirmar que si la cueva es muy extensa no sería razonable extender el criterio legal de dominialización al conjunto de la cueva. Véase *El dominio público arqueológico*, RAP, 2000, n.º 151, pág. 158.

¹¹⁹ Véase el artículo 52.3 de la propuesta de reforma que realicé en 1981.

El supuesto de las cuevas o abrigos con pinturas rupestres entra claramente en el concepto de «sitio natural... de valor artístico, histórico o antropológico» (art. 1-2.º LPHE). Con todo, al parecer, los especialistas tienen a veces dudas sobre si en ciertas rocas hay verdaderas pinturas rupestres o colores que son un mero capricho de la Naturaleza o que tiene una explicación mineral o química.

Ahora bien, una cueva de gran interés geológico o de gran belleza, pero absolutamente desprovista de interés antropológico, paleontológico o histórico, parece que no caería bajo la protección de la LPHE ¹²⁰. Una cueva de esas características, acaso susceptible de explotación turística ¹²¹, podría beneficiarse de otras modalidades de protección, como las correspondientes a los Parajes Naturales de Interés Nacional o a los Parques Naturales, regulados, respectivamente, por ejemplo, en los artículos 4 y 5 de la Ley 15/1975, de 2 de mayo, sobre Espacios Naturales Protegidos ¹²². En efecto, según esta Ley, la condición de *Paraje Natural de Interés Nacional* se puede declarar por Ley para ciertos lugares de extensión reducida por su peculiar «*constitución geomorfológica*», o por su «*especial belleza*», o por «*otros componentes de muy destacado rango natural*». Y la condición de «*Parque Natural*» se puede declarar por Decreto en ciertas áreas «*por sus cualificados valores naturales*» ¹²³. Pese

¹²⁰ Véanse, en tal sentido, BUENO GARCÍA, *Problemas jurídicos derivados del descubrimiento de bellezas subterráneas*, conferencia, Málaga, 1966, págs. 23-26, y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, 1989, pág. 743.

¹²¹ Acaso será oportuno citar aquí el ejemplo del hallazgo el día 1 de abril del año 1961, a unos tres kilómetros del pequeño pueblo turolense de Molinos, de unas cuevas de gran belleza, únicas en Europa según algunos por el tipo muy peculiar de estalactitas que contienen, y que han pasado a ser conocidas como las «Grutas de Cristal». El Ayuntamiento las iluminó y organizó un recorrido turístico para promocionar el minúsculo pueblo (unos 50 habitantes en el momento del hallazgo). El esfuerzo municipal resultó fructífero y en el año 2001 se han contado unos 35.000 visitantes, habiéndose revitalizado la vida económica del pueblo. El hallazgo fue realizado casualmente, a partir de una pequeña oquedad por la que apenas cabía un hombre, por un grupo de espeleólogos catalanes acompañados por dos vecinos del pueblo. El ejemplo no es perfecto, con todo, porque han aparecido también en las cuevas diversos hallazgos (muebles) arqueológicos y paleontológicos, como una mandíbula de hombre encontrada en 1980 y a la que se atribuye una antigüedad de 20.000 años. Noticias sobre todo ello se pueden encontrar en el *Heraldo de Aragón* de los días 24 de marzo y 3 de julio de 1991 y 10 de junio de 2001.

¹²² Tras la entrada en vigor de esta Ley (LENP), varios de los que eran «Parajes Pintorescos» padecieron una recalificación preceptiva a través de diversos Decretos para transformarse en Parques Naturales (véanse la Disposición Transitoria 8.ª de la LPHE de 1985, la Disposición Final de la LEMP de 1975 y la Disposición Adicional del Reglamento de esta última Ley, RD 2.676/1977 de 4 de marzo). Sobre esta materia de los parques naturales protegidos hay hoy abundante legislación nueva estatal o autonómica.

¹²³ En esta materia es obligada la cita del libro de LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia, 1980, sobre todo págs. 91 y ss. y 121 y ss. Véase también la reflexión de BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, sobre las diferencias entre tutela del medio ambiente y tutela del Patrimonio Histórico en *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, 1990, págs. 389 a 394.

a ello, el estudio de la jurisprudencia muestra que en ocasiones se da una cierta coincidencia de la protección por la Administración del paisaje y de los yacimientos arqueológicos ¹²⁴. Es de suponer que criterios como los transcritos de esta Ley estatal de 1975, o similares, puedan seguir encontrándose en la abundante legislación estatal o autonómica sobre espacios protegidos aparecida con posterioridad.

En fin, la declaración de impacto ambiental, procedente del Derecho comunitario europeo y regulada inicialmente en nuestro país por el Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y para la que se prevé que llegue a convertirse en un potente instrumento de intervención administrativa, se ha relacionado con la protección del patrimonio histórico, artístico y arqueológico. Véase hoy su Ley reformadora 6/2001, de 8 de mayo, artículo 2, apartado 1.º, letra c, y Anexo III, apartado 2.º.

VIII. INDICACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ETNOGRÁFICO

La protección legal sobre el Patrimonio Etnográfico de la LPHE de 1985, auténtica novedad en nuestro Derecho como regulación genérica y de rango legal, sin duda presenta un carácter bastante teórico e irreal al parecer anunciar mecanismos de efectiva intervención administrativa (los estudiosos y la iniciativa privada o municipal parecen llamados a tener mayor protagonismo en estas cuestiones) y al aplicarse a estos bienes que casi siempre serán de propiedad privada y acaso de valor limitado. Pero merece un breve comentario en un trabajo como éste esta regulación y su vago régimen jurídico, por cierto que en la mayor parte del país hoy ya sólo supletorio del expansivo y también bastante vago y similar régimen jurídico sobre lo mismo establecido por las muchas leyes autonómicas sobre Patrimonio Histórico o Cultural aparecidas en nuestro país en los últimos años.

Definido en un sentido muy amplio el Patrimonio Etnográfico en el artículo 46 de la LPHE de 1985, se determina luego su régimen jurídico en el artículo 47 por un sistema de remisiones a otros títulos de la Ley, aparentemente sencillo, pero en realidad bastante oscuro y difícil de precisar en su concreto alcance. Distingamos los tres apartados del mencionado artículo 47 de la LPHE.

¹²⁴ Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990, 5 de diciembre de 1990, y 12 de marzo de 1991, todas relativas a la ciudad de Toledo, en *Aranzadi*, n.º 7828, 9732 y 1984 de los años correspondientes.

El apartado 1.º de dicho artículo 47 declara que los bienes inmuebles de carácter etnográfico se registrarán por lo dispuesto en los títulos II y IV de la propia Ley. Tan tajante declaración parecería indicar acaso que todo lo dispuesto en dichos títulos debería resultar en principio aplicable a dichos bienes inmuebles de carácter etnográfico, y que, en cambio, no les resultaría de aplicación lo dispuesto en los títulos I, III, V, VII, VIII, y IX de la Ley y acaso ni siquiera lo dispuesto en el Título Preliminar de la misma. Pero viendo la concreta regulación de los diversos títulos de la Ley ambas afirmaciones genéricas resultan sumamente dudosas y necesitadas de bastantes acotaciones y matizaciones.

Consideremos primero el Título Preliminar, donde se alude a un deber de conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español entre los que expresamente se incluye a los de valor etnográfico (art. 1-2.º); a la tutela del acceso de los ciudadanos a dichos bienes; a la protección de los mismos contra la expoliación (arts. 2 y 4) y contra la exportación ilegal al extranjero (arts. 2 y 5), lo que tratándose de inmuebles será improbable pero no completamente imposible; y a la acción pública existente para que cualquiera exija a la Administración y a los tribunales el cumplimiento de esta Ley (art. 8). Pese a la letra del artículo 47 de la LPHE, estas ideas y medidas legales, que el propio legislador califica como «disposiciones generales», parecen de posible aplicación a los bienes inmuebles de valor etnográfico en sus casos correspondientes. La posible intervención de la Administración contra la expoliación parece configurarse, con todo, como esencialmente discrecional (art. 4) y será rara en la práctica en relación a bienes de valor sólo etnográfico, y la prohibición legal de exportar bienes al extranjero sin previa autorización administrativa se condiciona legalmente a que el bien tenga más de cien años de antigüedad o también, parece, tratándose de inmuebles a los que el legislador no contempla expresamente, a que figuren inscritos en el Registro General del artículo 12 (arg. analogía con exigencia de inscripción de ciertos muebles en el Inventario General del art. 5-2.º).

El título primero de la LPHE se refiere a la declaración de los «*más relevantes*» bienes de los pertenecientes al Patrimonio Histórico Español como Bienes de Interés Cultural, bienes sometidos a la más intensa protección y control, y que se declaran tales por el Gobierno (por la Administración autonómica, en realidad, en la mayoría de los casos, como ya se advirtió), mediante Real Decreto y previo el correspondiente expediente, inscribiéndose obligatoriamente en un Registro General dependiente de la Administración estatal (o autonómica), y expidiéndose un título oficial identificativo para cada bien en el que se reflejarán todos los actos jurídicos o artísticos que sobre ellos se realicen (arts. 1-3.º y 9 a 13). A la vista del contenido de estas normas podría parecer razonable que la letra del artículo 47-1.º de la LPHE

no considere aplicable ese título primero de la Ley a los inmuebles de interés etnográfico. Ahora bien, de esa no mención del título primero de la Ley se podría deducir interpretativamente ya una absoluta prohibición legal de declarar dichos bienes inmuebles de interés etnográfico como Bienes de Interés Cultural, y con ello la total inaplicabilidad a los mismos, de paso, también de casi todas las normas de los títulos segundo y cuarto de la Ley, que vienen casi todas referidas a dichos bienes más especialmente protegidos; o ya, deducir simplemente que el legislador presupone razonablemente que será rarísimo que un bien inmueble de interés etnográfico pueda llegar a ser declarado Bien de Interés Cultural, pero sin llegar a prohibir legalmente esa posibilidad y la consiguiente aplicabilidad en su caso de los preceptos correspondientes de los títulos segundo y cuarto de la Ley. Esta segunda y más flexible interpretación del artículo 47-2.º parece claramente preferible¹²⁵, porque el precepto declara genéricamente aplicable todo el título segundo de la Ley y no sólo su artículo 25 (único no referido a Bienes de Interés Cultural); porque el artículo 14-4.º expresamente reconoce que puede haber Sitios Históricos de valor etnológico, sin que parezca razonable aquí una interpretación «*a contrario sensu*»¹²⁶; y porque creo que tiene apoyo normativo suficiente también en el artículo 1, 2.º y 3.º de la Ley¹²⁷.

Ahora bien, incluso con esta segunda y más amplia interpretación, sí es cierto que en la casi totalidad de los supuestos de bienes inmuebles de valor etnográfico, como digo sin declaración formal de ser Bienes de Interés Cultural, lo que la Ley ofrece como aplicable a estos supuestos para su teórica protección es más bien poca cosa y en ciertos casos de muy dudosa utilidad práctica. En el título segundo sólo resultará aplicable el artículo 25 de la Ley, que prevé una posible suspensión provisional por la Administración de obras de demolición o de reforma que se estuvieran realizando en el bien inmueble correspondiente¹²⁸. Y en el título cuarto sólo resultan aprovechables una facultad de suspensión de obras regulada en el artículo 37-2.º de la Ley y parecida a la del artículo 25, y el que les alcancen a estos bienes inmuebles de valor etnográfico unos posibles Planes Nacionales de Infor-

¹²⁵ La doctrina venía explicando también así la cuestión, aunque sin argumentarlo. BASSOLS COMA, Martín, *El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico*, RAP, n.º 114, 1987, pág. 118, y ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, obra citada, tomo 1.º, 1994, págs. 382-383.

¹²⁶ Para estos excepcionadísimos Sitios Históricos de valor etnográfico no se prevé obligación legal de la Administración de instar su inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 12-3.º LPHE, «*a contrario*»).

¹²⁷ La Sentencia de la Sala contencioso administrativa, Sección 7.ª, del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001 acepta la declaración como Bien de Interés Cultural y monumento de carácter histórico etnológico hecha sobre un viejo molino de agua en Migjor (Menorca), pese a encontrarse el mismo en estado ruinoso. Cfr. Aranzadi, n.º 2887.

¹²⁸ En tal sentido, también BASSOLS COMA, en el lugar citado en la nota 125.

mación que se dice elaborará la Administración (art. 35) y la proclamación de un deber genérico de los dueños de estos bienes de conservarlos adecuadamente (art. 36-1.º).

En el título octavo de la Ley relativo a las medidas de fomento no se hace ninguna alusión expresa a los bienes de valor etnográfico, ni parece que haya sanciones administrativas de las reguladas en el título noveno de la Ley que puedan ser aplicables a bienes inmuebles de valor etnográfico (art. 76); no siéndolo, en particular y por exigencia del principio de tipicidad legal de las sanciones administrativas, al supuesto anteriormente aludido y más bien académico de exportación ilegal de un inmueble de valor etnográfico de más de cien años de antigüedad o inscrito en el Registro General (arts. 5 y 76-1, letra h). Aunque la falta de sanción administrativa no impide la posible aplicabilidad a este raro supuesto de otros preceptos, como los que tienden a la recuperación por el Estado del bien inmueble ilegalmente exportado (arts. 2-3.º y 29).

Y tampoco parece que quepa referirse a una aplicación de las reglas sobre el patrimonio arqueológico del título quinto de la Ley a bienes inmuebles de mero interés etnográfico. Lo que sí cabrá perfectamente, a la vista de la amplísima definición legal de hallazgos arqueológicos del artículo 44-1.º, es que dichos hallazgos tengan valor etnográfico, acaso junto al histórico (art. 40-1.º), y que por ello pertenezcan al Patrimonio Histórico Español y se distingan de los hallazgos comunes regulados en el Código civil. Pero en tales casos, el intenso régimen de protección legal a los hallazgos arqueológicos, incluso con declaración legal de pertenencia al dominio público de lo descubierto, excluirá como norma más especial y preferente el vago régimen jurídico de protección de los inmuebles de mero valor etnográfico. En general, parece que si los hallazgos descubiertos son antiguos su interés será más bien histórico que meramente etnográfico (lo histórico incluye lo etnográfico de tiempos pasados, como muestra el artículo 46), y que si son recientes su ocasional ocultamiento no justificará su atribución legal como dominio público al Estado, ni su expropiación, y que tendrán que conformarse con el vago régimen jurídico de protección que corresponde a los inmuebles de propiedad privada y de interés etnográfico. Por eso creo que acierta el legislador al no declarar aplicable a nuestro supuesto el título quinto de la Ley (art. 47-1.º) y al diferenciar claramente los patrimonios arqueológico y etnográfico, tanto en el artículo 1-2.º como al asignarles en la Ley dos títulos diferentes (el quinto y el sexto).

En suma, la protección legal de los bienes inmuebles de interés etnográfico resulta en nuestro Derecho estatal sumamente vaga y escasamente operativa, salvo en supuestos excepcionadísimos y harto improbables en la prác-

tica ¹²⁹, en los que se pudiera dar una declaración de ser Bienes de Interés Cultural (como Sitios Históricos, en principio), casos en los que —entonces sí— les serían de aplicación tendencialmente íntegra los títulos segundo y cuarto de la Ley, según afirma en forma equívoca y demasiado genérica, aunque acaso a la postre acertada, el artículo 47-1.º de la LPHE.

Consideremos ahora los bienes muebles de interés etnográfico, para los que el artículo 47-2.º de la Ley ordena que se registrarán por los títulos tercero y cuarto de la propia Ley.

Ante todo, debe afirmarse, y por las mismas razones antes aportadas en relación a los bienes inmuebles, que serán aplicables a dichos bienes muebles de valor etnográfico las normas del Título Preliminar de la Ley, con la particularidad respecto de lo anteriormente explicado de que en este caso tendrá plena aplicación la normativa contra la exportación ilegal al extranjero de estos bienes cuando tengan cien años de antigüedad o figuren inscritos en el Inventario General, normativa respaldada ahora plenamente por las sanciones administrativas a que aluden los artículos 75 y 76-1.º, letra h, (cfr. también arts. 5 y 29 de la LPHE).

A partir de aquí, los bienes muebles de interés etnográfico pueden encontrarse en tres situaciones diferentes con diversos grados de teórica protección legal, que enumero desde la menos intensa a la supuestamente más intensa: o meros muebles de valor etnográfico; o muebles de valor etnográfico y de «*singular relevancia*» que la Administración incluya en el Inventario General previsto para ellos (art. 26 de la LPHE); o, aunque en supuestos parece que rarísimos, los bienes muebles de valor etnográfico declarados Bienes de Interés Cultural (arts. 9 y ss., 27 y 32-3.º).

Los muebles de mero valor etnográfico no incluidos en el Inventario General ni declarados Bienes de Interés Cultural no tienen, aparte lo que se deduce del Título Preliminar de la Ley, sino una protección legal bastante vaga e imprecisa, puesto que en el título tercero de la Ley no hay ninguna norma para ellos y en el título cuarto sólo les es aplicable, en teoría, la de que puedan alcanzarles los Planes Nacionales de Información que se dice que elaborará la Administración (art. 35) y el deber genérico para sus dueños de conservar estos bienes adecuadamente (art. 36-1.º). En fin, aunque el artículo 47-2.º no se remita al título séptimo de la Ley, relativo a Archivos, Bibliotecas y Museos, parece indudable que estos bienes podrán conservarse en

¹²⁹ ALEGRE ÁVILA señala con razón como ejemplo de ello las realizaciones arquitectónicas tradicionales. Cfr. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Tomo 1.º, 1994, página 383.

Museos con bienes etnográficos, aunque no hayan sido previamente incluidos por la Administración en el Inventario General. Y véase también el artículo 26-2.º de la LPHE.

De modo que la aplicabilidad de los títulos tercero y cuarto de la Ley que impone el artículo 47-2.º a los bienes muebles de valor etnográfico sólo será sustancialmente cierta para dichos bienes cuando éstos tengan «*singular relevancia*» y sean incluidos por la Administración en el Inventario General previsto para los muebles que la tengan y que pertenezcan al Patrimonio Histórico Español (art. 26). En estos supuestos, que para muebles de verdadero valor etnográfico en teoría no tendrían por qué ser necesariamente raros o excepcionales (el que lo sean o no dependerá de la voluntad política y del dinero que se asigne a estos cometidos), se somete la propiedad sobre dichos bienes de valor etnográfico clasificados, a límites legales y deberes de los titulares y a potestades administrativas de control y de intervención bastante amplios en teoría (cfr. art. 26-4.º y 6.º; art. 28; art. 30; art. 33; art. 35; art. 36; art. 38; y art. 39-1.º). Con todo, por las razones antes explicadas en relación con los inmuebles, creo que tampoco resultarán aplicables a los bienes muebles de valor etnográfico las reglas del título quinto de la Ley sobre Patrimonio Arqueológico. Pero, en general, la protección y el control previstos para estos bienes muebles de valor etnográfico y clasificados administrativamente es casi tan intensa como para la prevista para los bienes inmuebles declarados Bienes de Interés Cultural.

El tercer hipotético grupo antes mencionado de bienes muebles de valor etnográfico parece que podría ser, al menos desde la literalidad de la Ley, el de muebles de valor etnográfico declarados por Decreto Bienes de Interés Cultural (cfr. arts. 9-1.º, 27 y 32-3.º). Pero tal supuesto parece sumamente inverosímil en la práctica, al estar reservada dicha compleja declaración administrativa habitualmente siempre a bienes inmuebles y al excluir expresamente el artículo 47-2.º la remisión a las reglas del título primero de la Ley, que precisamente son las que regulan la declaración de Bien de Interés Cultural. De poder llegar a darse algún supuesto, la protección y el control previstos legalmente para el mismo parece que serían bastante intensos, al incluir sustancialmente casi todas las reglas de los títulos tercero y cuarto de la Ley (art. 47-2.º), y acaso hasta indirectamente las reglas del título segundo de la Ley, si el bien mueble de Interés Cultural guardaba una relación de accesoriedad con otro bien inmueble también declarado Bien de Interés Cultural.

La letra de los tipos delictivos descritos en el artículo 253, y en los artículos 321 a 324 del Código penal de 1995 parece que excluye toda posibilidad de protección penal del Patrimonio Etnográfico.

El artículo 47-3.º de la LPHE establece que se consideran también con valor etnográfico y que gozan de «*protección administrativa*» aquellos «*conocimientos o actividades*» que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Y ordena que, si se hallan en previsible peligro de desaparecer, la Administración adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científico de «*estos bienes*».

Se trata, por tanto, de un nuevo y curioso caso de bienes incorpóreos reconocido en nuestro Derecho por la LPHE junto a los que representan la propiedad intelectual o la propiedad industrial, aunque con parecido sólo muy remoto a estos supuestos, puesto que aquí no sólo no cabría referirse en absoluto, ni por aproximación, a una verdadera propiedad, ni pública ni privada, de dichos «bienes», sino que a duras penas se puede llegar a reconocer, aunque se proclame la pertenencia de dichos bienes al Patrimonio Histórico Español, ni un verdadero derecho subjetivo, ni el «titular» (en sentido no técnico, parece) al que habría de pertenecer, que no estaría tampoco claro si lo sería el Estado o la concreta comunidad en la que el concreto saber o técnica tradicional hubiera surgido o esas generaciones futuras que menciona el artículo 1-1.º de la Ley. Y por supuesto, que el estudio y documentación científica realizado por la Administración del saber tradicional no daría ninguna exclusiva o preferencia a nadie respecto de otros saberes similares no documentados o posteriormente documentados. En realidad estos bienes incorpóreos, reconocidos como tales por la Ley por su valor etnográfico, parecen ser simplemente soporte para potestades administrativas que tienen su lógica y que presentan un carácter complementario de los dos primeros apartados del artículo 47 relativos a bienes corporales de valor etnográfico. Baste pensar que en cualquier museo mínimamente organizado suelen acompañar a los objetos expuestos unas explicaciones adicionales, y que ello parece especialmente lógico al pensar en un Museo de bienes de valor etnográfico, con posible explicación o documentación fotográfica, por ejemplo, de antiguos oficios ya abandonados.

Ahora bien, aclarado esto, y reconocida la posible utilidad de que la Administración documentase conocimientos o actividades tradicionales a punto de perderse u olvidarse, técnica que por cierto parece utilizable por nuestra Administración incluso más allá de nuestras fronteras (hay vestigios de la cultura española en Europa, América, África y Asia) si se respetan las leyes ajenas, resulta difícil saber en qué más pueda consistir esa «*protección administrativa*» a la que, con expresión sin significado técnico preciso, se refiere el artículo 47-3.º de la Ley¹³⁰. Por su contraposición a los dos prime-

¹³⁰ ALEGRE ÁVILA parece simplemente prescindir de dicha expresión legal en su explicación sobre la cuestión.

ros apartados del artículo, y al no remitirse a ningún título de la Ley (cfr. también para el Patrimonio documental el art. 56-1.^o), parece el precepto excluir razonablemente la posibilidad de que los conocimientos o actividades de valor etnográfico pudieran ser declarados Bienes de Interés Cultural o bienes incluíbles en el Inventario General. Ni siquiera parece fácilmente concebible un supuesto de aplicabilidad de los artículos 25 y 37-2.^o de la LPHE, referidos a bienes no declarados de Interés Cultural. Y en cuanto al Título Preliminar de la Ley, parecen carecer de sentido aquí las referencias al deber de conservación por los «propietarios», al posible acceso de los ciudadanos al bien o a su visita, y a la protección contra la expoliación o contra la exportación ilegal al extranjero (inconcebible e inalcanzable exportación ilegal al extranjero de «conocimientos» en la era de las telecomunicaciones y de la informática). Sólo parece presentar cierta utilidad para nuestro supuesto el artículo 8 de la Ley, con su obligación legal de los ciudadanos de comunicar a la Administración el peligro conocido de deterioro o pérdida de los bienes del Patrimonio Histórico Español, y con su acción pública para la defensa de dichos bienes.

Entre las «*actividades*» tradicionales y de pretendido valor etnográfico no deberían contarse, evidentemente, las que superen cierto límite de mal gusto o brutalidad, para no cubrir tradiciones acaso arraigadas pero impresentables bajo el manto legitimador de la protección «cultural». Un pueblo español se hizo famoso por lanzar durante sus fiestas patronales una cabra desde lo alto de la torre del pueblo que era recogida abajo con una lona ante el regocijo de casi todos (parece que la Administración ha prohibido últimamente dicha brutalidad). En ciertas zonas de Castilla, Levante e incluso Cataluña se celebra la fiesta de los «toros embolados»; o sea, toros con unas bolas de brea u otro material inflamable en las puntas de los cuernos a las que se prende fuego, que el animal ve a pocos centímetros de sus ojos, con el correspondiente pánico y, al parecer, regocijo de la mayoría.

Como advertía al principio de este epígrafe, la regulación de la LPHE que se acaba de explicar es sólo supletoria de las regulaciones que han aportado las abundantes leyes autonómicas existentes en la materia, en ocasiones particularmente entusiastas de la teórica protección de los bienes inmateriales «interesantes»¹³¹. En Aragón, por ejemplo, la Ley 3/1999, de 10 de marzo,

¹³¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, es muy crítico con la creciente expansión de las leyes autonómicas en cuanto a su teórica protección de los bienes inmateriales de valor etnográfico (pone el expresivo ejemplo de la difícil protección de la gastronomía típica de cada zona), que afirma va a producir graves incertidumbres, porque no parece pertinente aplicar a estos bienes inmateriales el régimen jurídico de defensa de los bienes materiales «interesantes» para el Patrimonio. Personalmente, y como podrá deducirse de mi explicación del texto, creo que toda esta legislación ha de tener un bajo nivel de cumplimiento y no ha de tomarse demasiado en serio, aunque, en los

del Patrimonio Cultural Aragonés, regula creo que innecesariamente junto al Patrimonio etnográfico un Patrimonio industrial; separa absurdamente las actividades y conocimientos tradicionales de los que denomina «*bienes etnográficos inmateriales*», que evidentemente son lo mismo; y resume el régimen jurídico de ambos Patrimonios mencionados por una mera remisión al «*régimen general dispuesto en la presente Ley*». La fórmula creo que, aunque no muy distinta en el fondo en sus resultados prácticos finales que la del artículo 47-3.º de la LPHE, es peor que ésta y probablemente creará más inseguridad jurídica y acaso excesiva discrecionalidad administrativa y consiguiente mayor margen legal teórico para eventuales actuaciones administrativas irrazonables. Pero parece que enterarse de los contenidos de los títulos de la LPHE a los que se remitía el artículo 47 de la misma y compararlos con los contenidos de los diversos títulos de la Ley aragonesa, se antojó ya un trabajo excesivo, en su labor de copia habitual de la Ley estatal, a los autores de la Ley aragonesa.

términos más restringidos en los que la formuló el artículo 47 de la LPHE no carece totalmente de cierta racionalidad y de alguna posible viabilidad. Son ciertamente algunas de las leyes autonómicas las que parecen haber perdido ya sustancialmente el sentido de la realidad. Cfr. del autor *Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural* en la obra colectiva *Las Neveras y la artesanía del hielo*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2001, págs. 323-324.

LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

Lorenzo M. Bujosa Vadell
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que la materia objeto de estudio en estas jornadas es compleja y poliédrica, incluso desde la propia terminología utilizada para aludir a ella. Lo que en los textos legales más recientes se conoce como «patrimonio cultural» es, obviamente, una de esas materias de contornos difuminados que favorece además el examen interdisciplinar.

De estas características que acabo de recordar muy sintéticamente se derivan consecuencias importantes cuando nos acercamos a este tema con el bagaje metodológico del Derecho procesal. Debo empezar anunciando que desde el punto de vista dogmático las referencias a una especialidad procesal dedicada al patrimonio cultural han sido muy escasas, si comparamos con otros sectores cercanos como la protección procesal del medio ambiente o, sobre todo, de los intereses de los consumidores. Por tanto, no puede hablarse de un posible «Derecho procesal del patrimonio cultural» más que en una fase muy primaria de elaboración.

Ello no impide, sin embargo, examinar desde la perspectiva procesalista algunas de las principales cuestiones que se plantean cuando se trata de proteger ante los tribunales los bienes en los que recae un valor histórico, artístico, etnográfico, etc. No son infrecuentes los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales relativos a ellos. Estos órganos poseen unas características muy específicas: sobre todo —en palabras del artículo 117 de la Constitución— por estar integrados por Jueces y Magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley; y a través de sus resoluciones debe manifestarse la garantía del ordenamiento jurídico. Los órganos jurisdiccionales, por tanto, se encuentran sometidos también al mandato del artículo 46 de la Constitución cuando insta a los poderes públicos a garantizar la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran.

Esta función de garantía del ordenamiento jurídico se realiza a través de la satisfacción, en el caso concreto planteado ante los Juzgados o Tribunales, de los intereses jurídicos más relevantes, conforme han sido fijados en las normas de Derecho material, principalmente en la Ley de Patrimonio Histórico. Dicho de otra forma, la Constitución nos ofrece una vía muy cualificada para garantizar la aplicación irrevocable de las normas jurídicas que regulan el patrimonio cultural: el proceso ante los órganos jurisdiccionales.

2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS INTERESES IMPLICADOS

Es el momento de destacar tres datos que, en mayor o menor grado, tienen importantes implicaciones para la protección del patrimonio cultural a través del proceso jurisdiccional:

- Desde el punto de vista del Derecho, los derechos subjetivos e intereses legítimos implicados tienen un *componente conflictual*: la misma noción de protección pública del patrimonio conlleva limitaciones a un propietario o a un grupo de propietarios en su situación subjetiva individual. Así nos encontramos con intereses enfrentados que hay que armonizar y no siempre las instancias político-administrativas son capaces de ello ¹. El proceso se convierte así en un sucedáneo para la armonización de estos conflictos, con el agravante de que los criterios legales a aplicar no siempre son ciertos e indiscutibles, sino que conllevan un cierto grado de discrecionalidad.
- Otro componente que debe ser tenido en cuenta es la relativa *heterogeneidad de intereses implicados*: Hay en esta materia una desbordante intervención pública, y por tanto es claro el predominio del interés público, pero no puede negarse la vertiente social que se expresa

¹ En este sentido COLAÇO ANTUNES, L.F., «Los intereses difusos: ubicación constitucional; tutela jurisdiccional y “acción popular de masas”». (En torno a la revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de julio de 1989)», *RAP*, núm. 124, 1991, págs. 418-419, resalta que los intereses difusos nacen de la crisis de la representación política y representan conflictos internos de la sociedad: «El ordenamiento jurídico parece refugiarse en la función jurisdiccional que de este modo se potencia más allá de su propia naturaleza». *Vid.* más ampliamente sobre esta profunda problemática jurídico-política AGAPITO SERRANO, R. de, *Estado constitucional y proceso político*, Salamanca, 1989, págs. 175-181.

en la participación de grupos de ciudadanos organizados no sólo en los ámbitos administrativos, sino especialmente —por lo que me interesa en esta intervención— en el proceso mismo. Todavía, como hemos visto, hay otra vertiente, que es la estrictamente individual, más mitigada en este sector, a diferencia de otros como el de consumo, pero que permite que también derechos e intereses individuales sean defendidos en estos procesos².

- Finalmente, otro dato estructural de partida al que me refería al principio es precisamente el que sirve para calificar estos encuentros de Historia de la Propiedad: la *interdisciplinarietà* de esta materia se refleja no sólo entre distintos y lejanos ámbitos del conocimiento, sino también, como es evidente, entre diversos sectores del Derecho; son varias las especialidades jurídicas dedicadas a la protección del patrimonio cultural, y ello, por supuesto, tiene un inmediato reflejo desde la perspectiva procesal. Si recordamos que la actividad jurisdiccional es garantía del ordenamiento jurídico, el modo de concretar esta garantía será distinto según la rama del Derecho que los tribunales deban aplicar.

La preponderancia de la intervención pública obliga a que el orden jurisdiccional que en mayor medida aplique normas relativas al patrimonio cultural sea el integrado por los Juzgados y Tribunales del llamado «contencioso-administrativo». Pero también la tipificación de ciertas conductas, no

² En otras publicaciones he tenido ya ocasión de optar a favor de la expresión «intereses de grupo» como una categoría amplia en la que, por un lado, se incluirían auténticos intereses individuales, ejercitables de modo individual aunque, por la identidad cualitativa de contenido entre varias de estas situaciones jurídico-subjetivas, permiten que varios individuos, reforzando sus vínculos de solidaridad, se unan para fortalecer su posición. Cada uno de ellos seguiría siendo titular de su débil posición individual, aunque se hubieran unido para la defensa colectiva de sus posiciones. En cambio, cuando se trata de unos intereses de grupo de contenido más difuminado, referidos a bienes indivisibles, no existen posiciones individuales tan claras como en el caso anterior, el individuo se encuentra en una posición de ventaja sólo en cuanto miembro de tal grupo, no por tener una relación directa con el bien de que se trate, no por estar afectada concretamente su esfera vital de intereses directos. En este último caso se trataría de una titularidad mediata del individuo, mientras que el titular directo sería la colectividad considerada en su conjunto. Vid. BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 59-62. Ya CAPPELLETTI, M. en un artículo clásico tituló: «Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, págs. 361-402. También utilizaba esta expresión THIÉRE, K., *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, Giesecking, Bielefeld, 1980, págs. 70-99. En contra del término «intereses de grupo», LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «De nuevo sobre la tutela de los intereses difusos (en especial, el patrimonio histórico artístico)», *Justicia*, 1996, págs. 287 y ss. Vid. también GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Pamplona, 1999, págs. 61-113.

sólo en el Código Penal, sino también en alguna norma penal especial como las contenidas en la Ley del Contrabando, hacen que la protección de los bienes culturales a través del proceso deba tener en cuenta la actuación de los Juzgados y Tribunales penales. Finalmente, aunque desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares deba obtenerse de los Tribunales contencioso-administrativos, no hay que olvidar la curiosa previsión de la Ley 36/1994, que permite la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea a través de los trámites del juicio verbal civil.

Es mi intención, una vez situado el tema de manera panorámica, abordar alguna de las cuestiones particulares que plantea el proceso, teniendo en cuenta los componentes estructurales que acabo de exponer.

3. LA LLAMADA «ACCIÓN PÚBLICA» PARA LA DEFENSA DE LOS BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

De entre las escasas normas contenidas en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Nacional, a las que podría atribuirse naturaleza procesal, es obligada la referencia y el examen detenido del artículo 8.2, pues, a pesar de tratarse de un precepto con aplicación práctica bastante limitada, no puede negarse su posición nuclear en la configuración de la protección del patrimonio cultural a través del proceso. Se trata de la última de las Disposiciones Generales contenidas en el Título Preliminar de la Ley. En ella se declara que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español».

Se trata de una norma no muy distinta a otras contenidas en leyes administrativas especiales, como la Ley de Costas, la Ley del Suelo, o las reguladoras del régimen específico de algunos parques naturales; de hecho el patrimonio histórico aparece en la jurisprudencia frecuentemente conectado a problemas urbanísticos o ecológicos. En todas estas normas el legislador ha manifestado la necesidad de superar ampliamente las limitaciones para acceder a los órganos jurisdiccionales para favorecer precisamente el control del cumplimiento de los respectivos conjuntos normativos específicos.

Una primera cuestión que plantean estos preceptos es precisamente de carácter terminológico. Es usual, incluso en la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

nal, la utilización poco precisa de la expresión «acción pública». Ciertamente, podría decirse que tal vía de acceso a la Jurisdicción es pública por lo menos en dos sentidos: en primer lugar, la finalidad perseguida con ella es pública, ni más ni menos que propiciar el control del cumplimiento de las normas jurídicas; y, principalmente, en segundo lugar, es pública en el sentido de que cualquiera (*quivis ex populo*³) puede ejercitarla, aunque con las matizaciones que después veremos. Sin embargo, la utilización del adjetivo «público» no deja de tener un claro carácter anfibológico, pues remite también al poder público, es decir, al ejercicio de funciones constitucionales, entre las que se encuentran las de algunos órganos específicamente constituidos para la defensa del interés público y, en definitiva, de la legalidad, a través del proceso, o incluso, al ejercicio de la acción directamente por órganos estrictamente administrativos.

Sin perjuicio de las consideraciones que más adelante ofreceré respecto a la posible actuación del Ministerio Fiscal para la protección de los bienes históricos, artísticos y culturales, es claro que el artículo 8.2 hace referencia a la iniciación del procedimiento administrativo y sobre todo —para lo que estamos viendo—, a la del proceso por cualquier persona, en lo que los procesalistas conocemos como «acción popular», es decir, la que permite la defensa de un mero interés a la legalidad, sin necesidad de alegar una posición subjetiva específica lesionada o amenazada⁴. Como puede entenderse fácilmente, esta defensa de la ley que persigue el actor popular, implica la defensa del interés general reconocido en las normas jurídicas, con lo que puede hablar-

³ FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, págs. 72 y 331-332, recuerda la distinción que hacen algunos romanistas entre *actiones privatae* y *actiones populares*, «estas últimas concedidas a los miembros de una colectividad —*municipium*— para que cualquiera que lo desee actúe en ciertos casos de lesión de un interés público». En este sentido se citan la *actio de effusis et deiectis* (contra el habitante de la casa desde la cual se produjo el lanzamiento de objetos sólidos o líquidos causando daño a un transeúnte), la *actio de positis et suspensis* (contra quien los tuviera colocados o suspendidos en un edificio y al caer sobre la vía pública causarían daños) y la *actio de sepulchro violato* (subsidiaria al ejercicio por el titular del *ius sepulchri* de la *actio* concedida contra el que forzando la apertura de un sepulcro ajeno hubiese enterrado allí un cadáver de persona de su familia o ajena).

⁴ Como admite el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de mayo de 1990: «la acción se otorga por la ley sin condicionamiento de ninguna clase y precisamente, por ser pública no tiene que basarse en un interés personal, directo y legítimo, sino que basta que se invoque el interés general en el mantenimiento de la legalidad urbanística». O como dice en otras palabras la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 4 de octubre de 2001: «el reconocimiento de la acción pública supone que la relación especial entre el titular de la acción y el objeto del proceso en que la legitimación consiste viene automáticamente reconocida, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito»; y la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 21 de noviembre de 2001: «... la acción popular confiere a la recurrente legitimación suficiente para interponer el recurso, amén de poseer interés suficiente dada la vecindad de los predios en cuestión».

se también de que el actor popular al actuar en el proceso defiende un interés común de la colectividad. Incluso, con el objeto de acoger la acción popular en el amplio contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y permitir así su control por la vía del recurso de amparo, en una famosa sentencia, la núm. 62 de 1983, el Tribunal Constitucional apreció que la defensa de este interés común podía significar, por lo menos en ocasiones, la defensa de un interés legítimo y personal, pues la defensa del interés personal se hace sosteniendo el interés común, aun cuando ese interés personal no sea directo.

Conviene resaltar en este punto un dato que antes ya adelantaba: la inevitable relevancia colectiva de la defensa del patrimonio histórico, cultural o artístico, como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/1985, y de diversos textos internacionales en esta materia⁵. En efecto, conforme declara el Preámbulo de esta Ley, «el Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando». En este sentido, Convenciones como la de Granada para la protección del patrimonio arquitectónico en Europa de 1985 insisten en la necesidad de hacer participar a la población misma y a las asociaciones culturales en la conservación y restauración de los bienes que se incluyen en su ámbito de protección.

No es extraño, en consecuencia, que el propio legislador considere importante facilitar el acceso a la Jurisdicción a la propia sociedad para que participe en la protección procesal de estos bienes⁶, con lo cual conectamos con una problemática de hondas resonancias especialmente en el Derecho comparado: Se ha hablado desde hace tiempo de la protección de intereses de grupo, supraindividuales, colectivos, difusos, en atención a la participación de la propia colectividad afectada en el proceso⁷. Sin necesidad de optar res-

⁵ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, tiene como objeto la regulación del régimen internacional de ciertos bienes del patrimonio cultural y natural que «presentan un interés excepcional que exige su preservación en tanto que *elementos del patrimonio mundial de toda la humanidad*».

⁶ En este sentido, MARTÍN MATEO, R., «La problemática asimilación del accionariado popular», *REVL*, núm. 179, julio-agosto-septiembre, 1973, pág. 471, recuerda la perspectiva de la acción popular como «inestimable instrumento de participación de los administrados en el quehacer urbanístico, en línea por tanto con las actuales tendencias de democratización de la Administración y de interesamiento de los ciudadanos en las responsabilidades colectivas».

⁷ Como afirma SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, (con GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V.), Madrid, 2001, pág. 49, se extiende la legitimación a sujetos que

pecto a la existencia o no y a la identificación de derechos colectivos, tema de moda en los debates actuales de la filosofía jurídica ⁸, sí está clara la necesidad de superar las tradicionales vías meramente individuales de acceso al proceso, facilitando el Derecho Procesal el ejercicio colectivo de estos intereses a menudo relacionados con los llamados derechos de la tercera generación y conectados con el principio de solidaridad ⁹.

Con estos presupuestos sería fácil la lectura del artículo 8.2 que estoy comentando como una vía para la protección de intereses supraindividuales, es decir, de estos intereses subjetivamente indeterminados y objetivamente referidos a bienes, como decía Vittorio DENTI ¹⁰, no susceptibles de apropiación exclusiva, bienes indivisibles. Efectivamente así lo han reconocido algunos ordenamientos como el portugués ¹¹, el brasileño ¹² o el colombiano ¹³ y en España algunas sentencias ¹⁴ —alguna de ellas incluso abusivamente, a pesar de aludir a la acción pública o popular, con el afán de evitar ejercicios torticeros de estos instrumentos exige la alegación de las razones que impulsan al accionante para defender unos «derechos» comunes o generales ¹⁵—.

carezcan de dicha titularidad «buscando una más eficaz protección de determinados sectores del ordenamiento jurídico que, por su especial significación desde el punto de vista de los intereses afectados (especialmente si se trata de intereses difusos), pueden ser más eficazmente protegidos por la acción de los particulares que, movidos por su conciencia cívica, persigan la observancia de la ley, aun sin resultar personalmente afectados de modo especial por el incumplimiento de normas».

⁸ Vid. últimamente, LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, 2000 y GARCÍA INDA, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, 2001.

⁹ Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., «Las generaciones de derechos humanos», *RCEC*, núm. 10, 1991, págs. 203-217. Más recientemente RODRÍGUEZ PALOP, M.E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, 2002 y ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002.

¹⁰ DENTI, V., «Interessi Diffusi», *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice IV, Torino, 1982, página 307.

¹¹ Vid. GOMES CANOTILHO J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, 2002, págs. 503-504, sobre el derecho de acción popular reconocido en el artículo 52.3 de la Constitución portuguesa en la reforma de 1989. En este ordenamiento debe citarse expresamente la reciente Ley núm. 107/2001, de 21 de septiembre, de protección y valorización del patrimonio cultural, que recoge expresamente una acción popular en este ámbito.

¹² Vid. GRINOVER, A.P., «Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La Ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985)», *RDProc*, 1988, núm. 3, págs. 705 y ss. y MOREIRA, J.C.B., «La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)», *RDProc*, 1992, núm. 3, págs. 527-532.

¹³ Vid. BEJARANO GUZMÁN, R., *Procesos Declarativos*, Bogotá, 2001, págs. 159-219.

¹⁴ En repetidas sentencias el TSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) ha utilizado estas expresiones, por ejemplo en la sentencia de 23 de mayo de 2000: «siendo el fundamento de esta atribución “popular” de la acción, la cotitularidad por todas las personas del interés social difuso en promover la defensa y obtener la observancia de la legalidad urbanística como cauce de satisfacción del interés general en la utilización no especulativa del suelo».

¹⁵ STS (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre de 2001.

Desde el punto de vista de los conceptos procesales no deja de ser una distorsión, sin embargo, el utilizar un mecanismo meramente objetivo, dirigido simplemente a que se cumplan las normas, para la protección de situaciones subjetivas que, aún indirectas y difusas, deberían ser reconocidas como tales ¹⁶ por los órganos jurisdiccionales dentro del concepto amplio de interés legítimo ¹⁷. La vía adecuada para tales intereses no debería ser en puridad la acción popular sino la legitimación colectiva o supraindividual. La acción popular teóricamente no debería servir para defender intereses legítimos, aunque la existencia en el ordenamiento de artículos como el que estamos comentando han servido para superar en la práctica interpretaciones estrictas de las exigencias legitimatorias ¹⁸.

Podría decirse, así pues, que con una regulación amplia del acceso a la jurisdicción que permitiera el inicio de procesos por parte de los principales interesados, como son las asociaciones constituidas para la defensa del patrimonio cultural, podría propugnarse una sustitución de la acción popular por una acción colectiva, en la que no se alegara el retórico mero interés a la legalidad, sino el real interés en la defensa de los bienes culturales ¹⁹.

¹⁶ Vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación..., op. cit.*, págs. 634-642.

¹⁷ Es expresiva de este amplitud la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 25 de abril de 1989 cuando declara: «la distinción entre derechos e intereses legítimos que aparecen en el citado artículo 24 (de la CE) no hay que verla como la expresión de dos conceptos diferentes o contrapuestos, de mayor robustez o densidad el primero, debilitado o de menor solidez el segundo. Antes al contrario, esa distinción hay que verla como expresión del propósito de ampliar la esfera de protección del ciudadano, a fin de que reciban también tutela judicial aquellas situaciones jurídicas que se hallan en los contornos, imprecisos por naturaleza, de las facultades subjetivas». El TC ha precisado que este contenido amplio de la expresión «interés legítimo» obviamente tiene límites: «aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo” ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico».

¹⁸ En este sentido, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 1999, pág. 208, observa que las innovaciones introducidas primero por la práctica judicial y después por la nueva LJCA atenúan en cierta medida la necesidad de acciones populares: «especialmente el reconocimiento de legitimación a favor de asociaciones y otros colectivos, o derogando las limitaciones para la impugnación de disposiciones generales...».

¹⁹ En este sentido, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de julio de 2001 afirma lo siguiente: «Siendo los fines esenciales de ADPADY la defensa y conservación del patrimonio Histórico-Artístico y Documental, público y privado de Icod (Art. 3 de los Estatutos), mientras que los de FAT-Canarias se concretan en los especificados en el art. 4 de sus normas estatutarias, destacando la preservación del medio ambiente en general y la protección de lugares de especial interés ecológico, hay que reconocer, a la vista de la índole y naturaleza de unos y otros objetivos, que las asociaciones actoras gozan de interés legítimo para actuar en este procedimiento jurisdiccional teniendo una legitimación que va más allá de la abstracta que pudieran ostentar en virtud de lo dispuesto en el art. 19.1.b) de la vigente Ley Jurisdiccional, al estar concretada dicha legitimación en este procedimiento mediante un vínculo o conexión existente entre las asociaciones que accionan y la pretensión ejercitada, enmarcado ello en el expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, con categoría de Jardín Histórico, a favor del Drago de Icod».

Lo que ocurre es que esta distinción, que dogmáticamente puede ser clara, se enturbia si observamos la gran difuminación de los intereses que pretendemos proteger y sobre todo, su práctica indiferenciación con los intereses generales e incluso con los decididamente públicos. En realidad, los llamados intereses difusos se presentan como una nueva forma de observar los intereses generales en la que la participación social es determinante para la efectividad de su protección²⁰, aunque frecuentemente concurra en ella con órganos públicos.

Al margen de estas consideraciones amplias, desde el punto de vista técnico-jurídico el derecho a la acción popular, integrado por el Tribunal Constitucional, no sin discusión, en el derecho a la tutela judicial efectiva, se configura respecto a la protección del Patrimonio Histórico Español de una manera muy escueta, lo cual conlleva no sólo inconvenientes sino también alguna ventaja. Como tal podría considerarse la ausencia de referencia alguna al término «ciudadano», que ha causado problemas en el orden jurisdiccional penal por propiciar una línea jurisprudencial, no tan lejana en el tiempo como pudiera pensarse, en la que se defendía la interpretación estricta de ese término entendiéndolo equivalente a «persona física». El máximo intérprete de la Constitución, por el contrario, ha incluido reiteradamente en la expresión del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las personas jurídicas, con importantes consecuencias para la eficaz protección de los intereses difusos²¹.

Esta ampliación no deja de tener consecuencias respecto al artículo 8.2, pues es preciso conectar este artículo de la Ley de Patrimonio Histórico con otro precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial: el artículo 19.1, el cual, sin distinción de órdenes jurisdiccionales, y por tanto, con —por lo menos aparente— aplicabilidad al proceso administrativo, establece que «Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos por la ley».

Con ello se plantea otra cuestión para continuar precisando el ámbito subjetivo de la llamada «acción pública» del artículo 8.2: ¿los extranjeros pueden instar ante los tribunales la protección del patrimonio cultural español? Y si no es así, ¿deberían poder hacerlo? Téngase en cuenta que la difuminación subjetiva de los titulares de los intereses supraindividuales relacionados con el patrimonio cultural no tiene porqué detenerse en las fronteras de nuestro

²⁰ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., «El principio de participación en la Constitución Española», *RAP*, núm. 89, 1979, pág. 183 y CARAVITA, B., *Diritto Pubblico dell'Ambiente*, Bologna, 1990, página 283.

²¹ Vid. entre otras las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril y 129/2001, de 4 de junio.

Estado, no hay más que traer a colación el concepto de «patrimonio mundial de la humanidad» o la conmoción mundial por la destrucción de los Budas de Bamiyán en Afganistán para entenderlo.

A pesar de que existen precedentes indirectos sobre el ejercicio de la acción popular en el orden jurisdiccional administrativo por ciudadanos extranjeros²², podría considerarse algún impedimento teórico y, especialmente, la limitación positiva del mencionado artículo 19.1, que obstaculizarían de *lege lata* esta amplitud. Es cierto que la propia Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España²³ establece como criterio interpretativo general «que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los Españoles» y que el artículo 18.1 de la misma confirma que «los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva», de este modo aplicando la aludida interpretación del Tribunal Constitucional, la acción popular se integraría en el derecho a la tutela judicial efectiva y sería ejercitable por extranjeros. Ello podría pugnar, no obstante, con la idea de la acción popular como ejercicio privado de funciones públicas que parece exigir el vínculo de la pertenencia a la comunidad política, es decir, la nacionalidad, y además, como antes decía, no está unánimemente admitida la vinculación directa de la acción popular con el artículo 24.1 de la Constitución²⁴.

En mi opinión, si pensáramos en la acción popular en sentido estricto como vía de persecución del mero interés por la legalidad quizás podría estar justificado impedir su ejercicio por extranjeros —aunque no veo, en realidad, qué problemas pudiera haber en que un extranjero instara a que se cumpla la legalidad que los órganos españoles competentes hayan promulgado—²⁵;

²² Vid. STS de 22 de abril de 1988: «aún admitiendo que la acción pública sea manifestación del derecho de petición, la circunstancia de que solo esté reconocido constitucionalmente a los españoles no impide su posible ejercicio, en algunos casos por extranjeros, ya que la exclusión de éstos de derechos constitucionales sólo está prevista en el artículo 13.2 respecto a los derechos reconocidos en el artículo 23; además quien ejercita la acción es C., S.A. y no su representante y las condiciones de legitimación han de concurrir no en éste sino en el representado».

²³ Se trata del último inciso del primer punto del artículo 3 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

²⁴ Vid. Voto Particular del Magistrado CRUZ VILLALÓN en la STC 154/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997/154). Más ampliamente, si bien con referencia directa al orden jurisdiccional penal, *vid.* PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. 225-285.

²⁵ En este sentido FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *La acción popular en el Derecho administrativo*, Madrid, 1920, pág. 61, afirmaba que «no parece que haya obstáculo en reconocerlos el ejercicio de ese derecho, que en este caso no debilita, sino que fortalece el sistema jurídico del Estado en que la acción se ejercite». También GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (Ley 29/1998, de 13 de julio), 3.ª ed. Madrid, 1999, págs. 503-504, afirma que ha de interpretarse la norma en el sentido de no limitar la legitimación a los ciudadanos españoles, sino a «cualquiera». En contra COSCULLUELA MONTANER, L., «La acción pública en materia urbanística», *RAP*, 1973, núm. 71, págs. 34-35.

pero, sobre todo, cuando por la ambigüedad a la que antes me refería esta vía de acceso a la Jurisdicción supone en realidad la defensa de intereses difusos, y, en definitiva la acción popular actúa más bien como una acción colectiva, lo determinante debiera ser el interés legítimo que se pretende defender, aunque se trate de un interés indirecto, y no tanto la nacionalidad del actor²⁶. Por tanto, en realidad no existen obstáculos insuperables para que los extranjeros puedan ejercitar la «acción pública» del artículo 8.2 de la Ley 16/1985.

Si comparamos el tenor del artículo que nos ocupa, con el artículo 304.1 de la Ley del Suelo de 1992, todavía vigente, se observa también una mayor parquedad en el ámbito de la protección del patrimonio cultural en otro sentido: no se contempla referencia alguna a limitaciones de plazo para ejercitar la acción pública. Las exigencias de seguridad jurídica obligan a aplicar aquí las normas generales: es preciso, pues, dada la configuración del proceso administrativo, agotar la vía administrativa en la mayoría de los casos²⁷, salvo que se trate de impugnar disposiciones de carácter general²⁸ o de vías de hecho (art. 25 LJCA)²⁹. Se aplicarán por tanto los plazos del artículo 46 LJCA: principalmente dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa si fuera expreso, y si no lo fue-

²⁶ No parece que pueda defenderse, en contra, de ello la singularidad del Derecho español respecto a la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno. El hecho de que las legislaciones de otros países de nuestro entorno no contemplen la posibilidad de ejercitar la acción popular ni siquiera a sus propios nacionales, no debe implicar necesariamente una aplicación estricta del principio de reciprocidad: lo razonable es que el extranjero —con mayor razón si tiene arraigo en España— pueda aprovechar las posibilidades que le ofrece el ordenamiento español.

²⁷ Así, MARTÍN MATEO, R., «La problemática...», *op. cit.*, pág. 479: «no parece posible ejercer la acción popular directamente ante los Tribunales sin haber seguido previamente la vía administrativa», pero debe precisarse que no se trataría de una verdadera acción popular si entendieramos que sólo quien ha seguido la vía administrativa puede iniciar el proceso administrativo. En este sentido *vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, I, Civitas, Madrid, 3.ª ed., 1998, pág. 509.

²⁸ Se ha discutido en la doctrina sobre la impugnabilidad de las disposiciones generales a través de la acción pública: *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *op. cit.*, pág. 505. En mi opinión, por lo que respecta al ámbito de la protección del patrimonio cultural, debe partirse necesariamente del tenor del artículo 8.2: si el actor popular alega que la disposición general es contraria a lo previsto en la Ley 16/1985 para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, no hay razón para impedir lo que la ley no prohíbe.

²⁹ «1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley».

ra, el plazo será de seis meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto³⁰.

Pero el problema está en la peculiar posición de los eventuales actores populares que no han iniciado el procedimiento administrativo y que, conforme al 8.2 LPH tienen derecho a iniciar el proceso subsiguiente: al no ser directamente interesados no se les ha notificado personalmente la resolución administrativa y al no surtir normalmente la publicación, en caso de existir, los efectos de notificación, puede ser difícil el ejercicio de la acción popular y, en definitiva, puede padecer la efectividad del artículo 8.2; con lo cual es necesario aplicar los principios generales que obligan a iniciar el cómputo desde el momento en que ha tenido conocimiento el particular o asociación interesados en iniciar el proceso administrativo³¹, con las consiguientes inseguridades que justificarían la introducción legal de un límite temporal más objetivo y la clarificación de la carga de la prueba de ese conocimiento.

Aquí cobra importancia específica la frecuente conexión a la que antes me refería entre los problemas de patrimonio histórico y el Derecho urbanístico. De este modo, es de aplicación el apartado 2 del artículo 304 de la Ley del 92, que sí establece límites más detallados para la acción pública urbanística. Así pues, si el ejercicio de la acción pública viene motivado por ejecución de obras que se consideren ilegales por contradecir lo previsto en la Ley de Patrimonio Histórico, podrá ejercitarse la acción durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

La previsión de la acción pública en la Ley de Patrimonio Histórico tampoco resuelve directamente otra cuestión importante que es la relativa al contenido de la pretensión ejercitable³². Está claro que la finalidad perseguida

³⁰ En caso de vía de hecho el artículo 30 LJCA permite al interesado la formulación de un requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si no se produce esa intimación, o no es atendida, el plazo para iniciar el proceso administrativo es el de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento. En caso de no presentarse el requerimiento el plazo es de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

³¹ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción ...*, op. cit., págs. 509-511. En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 16 de mayo de 1995, la Federación de Asociaciones de Vecinos de Barcelona impugnaba un acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona por el que se concedió una licencia que amparaba el derribo de un edificio incluido en el catálogo del Patrimonio Histórico-Artístico de esa ciudad. En este caso «había transcurrido con mucho el plazo de impugnación que al amparo de la acción ejercitada ostentaba la federación actora para impugnar la ejecución material de las obras de derribo que ha de calificarse de notoria y pública por conocida pues existiendo constancia de la fecha de su conclusión es de apreciar la caducidad de la acción entablada a tal respecto».

³² Conviene apuntar que, a diferencia de lo declarado por ciertas sentencias del Tribunal Supremo, no comparto que deba entenderse como elemento identificativo de la pretensión la

con la acción popular debe ser el cumplimiento de la legislación protectora del patrimonio cultural, pero la duda está en qué tipos de peticiones puede concretarse tal finalidad. Parece claro que ese interés por la legalidad conlleva la pretensión de declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación (art. 31.1 LJCA), además de los actos que de ello se derivaran, como serían los actos de demolición; podrían también instarse por esta vía la condena a la Administración a la ejecución de las prestaciones de hacer a la que la Ley obliga (art. 32 LJCA) e incluso la declaración de contraria a Derecho de la actividad de la Administración que constituya vía de hecho y el cese de la actividad y la adopción de medidas protectoras; pero es mucho más dudoso que el artículo 8.2 LPH permita pretender el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas y la adopción de medidas adecuadas para el restablecimiento de las mismas, como por ejemplo la indemnización de los daños y perjuicios (art. 31.2 LJCA). Este último *petitum* no concordaría bien con la ausencia, por definición, en las acciones populares de situaciones individuales a proteger. Esta es la concepción admitida por la doctrina³³ y la jurisprudencia³⁴ y que se ajusta a los postulados clásicos.

Pero en aquellos ordenamientos en que, a pesar de utilizar la denominación «acción popular», lo que realmente se regula son auténticas acciones colectivas, como ocurre en el Derecho brasileño, el colombiano o el portugués, la apreciación de posiciones subjetivas de ventaja afectadas, aunque sean difusas, permite el ejercicio de pretensiones de carácter resarcitorio, normalmente dirigidas a financiar Fondos previstos para la protección de los intereses implicados, entre los que expresamente se contempla la protección del patrimonio cultural. Lo que parecía dogmáticamente irreproachable para la acción popular —no hay más que comparar con las acciones populares en nuestro proceso penal que nunca implican el ejercicio de la pretensión civil de resarcimiento— empieza a suscitar dudas cuando esta vía se utiliza para la protección de intereses supraindividuales que podrían permitir resarcimientos genéricos, atribuibles incluso a la Administración competente siempre —claro está— que no fuera ella misma la generadora del daño al patrimonio cultural.

mención del precepto que se entiende infringido, por tanto me parece excesivamente formalista la necesidad de precisar por el actor popular el precepto o la ordenanza que se reputa infringido.

³³ Vid., por todos, CORDÓN MORENO, F., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1979, pág. 156.

³⁴ Vid. el fundamento séptimo de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de septiembre de 1988: «si el actor reconoce no estar amparado por las causas habilitantes legitimadoras de los apartados 1.a) y 2 del art. 28 de la Jurisdicción (estar en posesión de un interés legítimo o de un derecho subjetivo que considere infringido), teniendo que haber recurrido al ejercicio de la acción pública del art. 235 de la Ley del Suelo, malamente podrá pretender con ello la obtención de una declaración a su favor en este aspecto (de responsabilidad de la Administración)».

No es posible concluir el análisis de la acción popular como vía para la protección del patrimonio cultural sin hacer referencia a los recelos que ha suscitado en la doctrina y la jurisprudencia el fomento de esta apertura legitimatoria, sobre todo por la posibilidad de abusos en su ejercicio. En este sentido, se aludía a la posibilidad de avalanchas de acciones populares ante los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso, que a la postre se han demostrado inexistentes³⁵, pues es en la práctica muy difícil que quien no tenga un interés personal directo en el asunto quiera dedicar tiempo y dinero para litigar contra la Administración. Estamos en uno de aquellos casos en que aparece la habitual situación de debilidad e inferioridad extraprocesal del individuo para instar con efectividad la protección de los intereses difusos, aunque la relevancia supraindividual de estas situaciones favorece la tutela colectiva, sobre todo a través de asociaciones cualificadas, como diría MARTÍN MATEO³⁶.

Por otro lado, los abusos pueden tener otro signo: COSCULLUELA³⁷, ya hace tiempo, alertaba frente a los «profesionales de la acción pública» que, con intenciones aviesas, utilizan estas flexibilizaciones legitimatorias en la iniciación de los procesos administrativos para forzar la norma en injustificado provecho propio, exigiendo compensaciones económicas a las empresas o particulares codemandados a cambio de desistimientos en el proceso administrativo. A pesar de la corrección de estas objeciones, puede afirmarse en la actualidad que la legislación se ha ido pertrechando de algunos medios de defensa frente a estos peligros y, por otro lado, también la jurisprudencia más reciente ha ido decantando su posición al respecto.

La medida legislativa que más claramente se dirige a evitar estos chantajes, o por lo menos, a desestimularlos, es el artículo 74.4 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues en caso de desistimiento el Juez o Tribunal deberá oír a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días, y dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, salvo que se oponga la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, pudiéndolo rechazar razonadamente cuando aprecie daño para el interés público, lo cual no es sino una

³⁵ Como recordaba COSCULLUELA MONTANER, L., «La acción...», *op. cit.*, pág. 15, se trata de un argumento desmentido «nada menos que sobre la base de la constatación empírica de que, en los supuestos en que la acción popular se ha admitido, su ejercicio nunca ha sido pródigo». Efectivamente, no hay más que consultar las bases de datos de jurisprudencia para comprobar el ínfimo número de casos en que se han ejercitado acciones populares en el proceso administrativo en comparación con las elevadas cifras totales.

³⁶ Vid. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Trivium, Madrid, 1991, págs. 186-187.

³⁷ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., «Acción pública ..», *op. cit.*, pág. 57.

manifestación, aunque parcial, de la bilateralidad del desistimiento, con la importante peculiaridad además del predominio del interés público³⁸.

Existen, por otro lado, otras medidas en nuestro ordenamiento que se dirigen a proteger la buena fe en el ejercicio de la acción popular, como la exigencia de fianzas que, como dice el artículo 20.3 LOPJ, «no podrán impedir por su inadecuación el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita», con los consiguientes problemas prácticos para la determinación de la adecuación de la fianza. A diferencia de lo que es habitual respecto a la acción popular en el orden jurisdiccional penal, no está prevista expresamente esta medida en la legislación procesal administrativa, y mucho menos en la legislación protectora del patrimonio histórico, por lo que no parece que sea aplicable a lo que estamos analizando.

La alusión al artículo 20.3 LOPJ nos obliga a un pequeño comentario relativo en concreto a esa referencia a la gratuidad de la acción popular, pues tenía sentido en 1985, cuando se promulgó la Ley Orgánica, como concreción de la posibilidad de gratuidad de la justicia que ofrece el artículo 119 de la Constitución, pero lo perdió cuando en el año siguiente se suprimieron las tasas judiciales³⁹. Esta gratuidad de la acción popular no implica sin embargo, ni mucho menos, un automático reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita. Precisamente, la Ley 1/1996, impide tal reconocimiento cuando no se trata de litigar por derechos o intereses propios (art. 3.4 LAJG), con lo cual vemos una importante consecuencia de la utilización anómala de la vía de la acción popular para ejercitar intereses difusos, pues en estos casos la asociación actuante nunca tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita, mientras que si se le reconociera expresamente que actúa por derechos o intereses propios, aunque fueran indirectos, a través de una acción colectiva podría beneficiarse del régimen de la Ley 1/1996.

Con respecto a la acción popular existen todavía otros preceptos que garantizan de forma cualificada la correcta actuación del actor a través de la aplicación del Derecho penal. No parece aplicable, sin embargo, a nuestro caso el delito de acusación falsa que sí es garantía de la acción popular en el proceso penal (arts. 456 y 457 CP), dada la interpretación estricta que exigen los tipos penales.

³⁸ Una medida alternativa o complementaria a todo ello podría ser la de suspender el proceso por un plazo determinado para que, tras la publicación de anuncios en medios de comunicación de masas se permitiera la intervención de posibles interesados, de un modo similar al previsto en el artículo 15.3 LEC. *Vel.*, respecto al Derecho brasileño, MOREIRA, J.C.B., «A Ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”», *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 2684-2685.

³⁹ Téngase en cuenta, sin embargo, la reintroducción de las tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las órdenes civil y contencioso-administrativo por medio de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, bien es verdad que con un amplio elenco de exenciones.

En cuanto a la jurisprudencia, es preciso aludir a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de enero de 1980, la que argumentó a partir del principio de buena fe: «la actuación del recurrente no se ha hallado guiada por la buena fe que en el ejercicio de todo derecho exige el párr. 1.º del art. 7.º del C. Civ., pues es claro que él ha pretendido el uso de una facultad pública, como es la del art. 223 de la Ley del régimen del Suelo, y que por la autoridad municipal se usara de sus atribuciones para satisfacer sus pasiones en contra del denunciado, hermano suyo, del que a lo que parece, le separan graves diferencias; procede por tanto, en cumplimiento de lo señalado en el párr. 2.º del expresado artículo del C. Civ., que es precepto de aplicación general en nuestro ordenamiento jurídico, no amparar el ejercicio de un derecho que, por la forma y circunstancias de su actuación, es abusivo al sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio, ya que con ello sólo se busca el daño de un tercero, no necesario imprescindible para el beneficio de la comunidad cuyos intereses tiene encomendado salvaguardar la autoridad municipal»⁴⁰. Por tanto, el ordenamiento jurídico no acoge un ejercicio abusivo de la acción popular que sólo busque el daño de un tercero pues es contrario a la buena fe que el ejercicio de todo derecho exige⁴¹.

Sin embargo, en otras sentencias posteriores la cuestión se ha planteado de un modo más simple. En un caso directamente referido a la protección de los intereses difusos por una asociación ecologista: el Grupo Balear de Ornitología y Defensa de la Naturaleza acerca de la construcción de unas viviendas unifamiliares en suelo no urbanizable en paraje pintoresco, ante la denuncia por la parte codemandada de un ejercicio abusivo de la acción pública, el Tribunal Supremo desestima el motivo simplemente porque la acción pública está reconocida en nuestro ordenamiento urbanístico, y el ejercicio concreto que se denuncia da como resultado la estimación de la pretensión⁴²;

⁴⁰ La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de septiembre de 1988 alude también al ejercicio abusivo de la acción pública «procurando el daño de un tercero, más que el beneficio propio», además de recordar la alusión doctrinal a la picaresca de obtener una compensación por el desistimiento.

⁴¹ Desde una posición abiertamente crítica frente a la actual regulación de la acción popular en el proceso penal, la STS (Sala de lo Penal) de 22 de diciembre de 2001 afirma que «basta el previo depósito de una cantidad (casi siempre simbólica, por irrisoria) para poder acceder a un proceso “ajeno” a sus propios intereses, sin necesidad de demostrar mínimamente, también con carácter previo, las razones que impulsa el accionante (querellante o denunciante) para tratar de defender unos derechos comunes o generales. Y es que, como opina buena parte de la doctrina, sería conveniente impedir el “ejercicio perverso de la acción popular en cuanto los derechos deberán ejercitarse siempre conforme a las exigencias de la buena fe, sin sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio (art. 7 del Código Civil). (Esto lo decimos a modo de simple apunte, pues el problema tiene más calado, no sólo interpretativo, sino también de reforma legislativa)».

⁴² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 26 de enero de 1999.

afirmando en otra sentencia, también del Tribunal Supremo, que «los elementos finalísticos de quien actúa la acción pública urbanística son irrelevantes, si mediante su análisis se pretende limitar o desvirtuar la acción pública ejercitada»⁴³.

Más ampliamente, pero en este mismo sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 29 de enero de 2002: «La finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992 (artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976), es la de perseguir y conseguir por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planteamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando éstas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación». Por tanto, los recelos jurisprudenciales que antes veíamos parecen haber sido superados, sobre todo porque, como continúa diciendo el Tribunal Supremo: «No puede pues estimarse ejercicio abusivo del derecho, ni falta de interés legítimo o legitimación del recurrente en la instancia, pues la denuncia realizada por éste sobre las infracciones urbanísticas reflejadas en su pretensión, se ha visto claramente avalada y reconocida por la propia sentencia recurrida, al declarar la nulidad de los actos recurridos».

Analizan la cuestión posiblemente en sus más justos términos una serie de sentencias del TSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección única) entre las que nos detenemos a examinar la de 5 de septiembre de 1997, pues se plantea con detalle la doctrina sobre el posible ejercicio abusivo de la acción pública. Parte de reconocer que se trata de un tema en extremo delicado que obliga a la búsqueda de un finísimo equilibrio entre la razonable existencia, por un lado, de la acción pública, en este caso urbanístico, y por otro, de la necesidad de evitar un uso fraudulento de la misma, instrumentalizándola «con el objeto de conseguir resultados que de otro modo no podrían obtener enmascarando de esta manera sus genuinas intenciones con el disfraz o mera apariencia externa de la pretensión de contribuir a la protección de la legalidad urbanística», por ello considera que no es «admisibles una utilización perversa de dicha acción que la desnaturalice y le haga perder su sentido y funcionalidad institucional por abusar de la misma persiguiendo sólo intereses meramente privados al margen por completo de la defensa objetiva de la legalidad».

⁴³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 4 de octubre de 2001.

Pero para apreciar con claridad absoluta estos casos extremos fija dos interesantes criterios: «en primer lugar, que claramente quede de relieve que no se persigue con aquélla la defensa de la legalidad urbanística y, en segundo lugar, que el ordenamiento no imponga la estimación del recurso, porque puede suceder que, aún a pesar de encubrir una cuestión de otra naturaleza, el ejercicio de la acción pública permita a los órganos de esta jurisdicción apreciar que una determinada actuación administrativa es contraria a derecho y para que este segundo paso pueda ser dado (...) se hace preciso verificar si del ejercicio de la misma, encúbranse o no intereses privados, algún beneficio puede resultar para los públicos»⁴⁴.

Y cierra el razonamiento con una conclusión del mayor interés: pues admite la acción popular «Si, en definitiva, se facilita la defensa del interés público, que es para lo que la acción existe, sin perjuicio de la cobertura indirecta de intereses estrictamente particulares, que podrían quedar satisfechos a consecuencia de la estimación del recurso por imponerlo así el ordenamiento jurídico»⁴⁵.

Menos importancia se ha dado en la doctrina española a otros posibles abusos en la acción popular que en cambio, han sido objeto de preocupación en otros ordenamientos. Me refiero a la eventualidad de colusiones entre la Administración demandada y el demandante, para obtener una sentencia absolutoria y, por supuesto, firme, que tenga efectos *erga omnes* frente al resto de posibles interesados en sentido amplio. Frente a ello se ha propugnado el reforzamiento de la posición del juez⁴⁶ y la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos en defensa de la legalidad⁴⁷, en lo que podría

⁴⁴ Conviene recordar en este punto las palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El proceso administrativo en la Ley del Suelo», *REVL*, núm. 88, 1956, pág. 553: «si pensamos en la trascendencia de la nueva legislación, en los instrumentos que la misma pone en manos del Poder público, en los importantes intereses afectados, no parece arriesgado concluir en la conveniencia de mantener el carácter público de la acción».

⁴⁵ En este sentido la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 29 de enero de 2002, en relación con la impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Santander, por el que se otorgó licencia de reforma y reposición del proyecto básico para un edificio, afirma lo siguiente: «La finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992 (artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976) es la de perseguir y conseguir por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando éstas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación».

⁴⁶ Puede ser útil, en este sentido, la actividad probatoria de oficio *ex art.* 61 LJCA, que obviamente debe respetar las garantías constitucionales, entre las que se encuentra la de la imparcialidad: deben respetarse, especialmente, los límites del objeto del proceso trazados por el actor, así como el principio de contradicción y de igualdad de armas.

⁴⁷ Cfr. GRINOVER, A.P., «La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema brasiliano», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, marzo, 1984, núm. 1, págs. 70-71. En el mismo sentido, MOREIRA, J.C.B., «A acção popular...», *op. cit.*, pág. 2684.

ser una inversión de la habitual relación que la doctrina procesalista ha considerado existente en el proceso penal entre la acción popular y el Ministerio Fiscal, por cuanto se afirma que la primera vigila, complementa y suple la función de éste último⁴⁸. La efectividad del control exige, por supuesto, una verdadera autonomía del Ministerio público con respecto al Ejecutivo.

4. EL MINISTERIO FISCAL COMO DEFENSOR DEL PATRIMONIO CULTURAL

Aparte de las extensas consideraciones respecto a la posibilidad de acceder a la Jurisdicción a través de la llamada «acción pública» para proteger el patrimonio cultural a través del proceso, es preciso hacer mención de otras particularidades que pueden contribuir a la efectividad de la protección jurisdiccional de los bienes culturales.

Enlazando con el punto anterior, conviene insistir en la necesaria complementariedad de iniciativas privadas e iniciativas públicas⁴⁹, especialmente cuando se trata de la protección de derechos e intereses relativos a objetos indivisibles y pertenecientes a colectividades indeterminadas o difícilmente determinables cuyos límites van incluso más allá de las fronteras nacionales. La necesaria apertura legitimatoria para que la propia colectividad, a través de lo que M.S. GIANNINI denominaba «entes exponenciales»⁵⁰, principalmente asociaciones constituidas específicamente para la defensa de tales intereses, debe articularse con una eficaz actuación del Ministerio fiscal como defensor de la legalidad, procurando también ante los tribunales el interés social.

Dada la tipificación en el Capítulo II, del Título XVI del Código Penal, de los «delitos sobre el patrimonio histórico», como delitos llamados «públicos», es decir, perseguibles de oficio, el Ministerio Fiscal tiene un campo de actuación al que está acostumbrado, aunque con unos bienes jurídicos peculiares, que pueden exigir la especialización por parte de algunos miembros de las fiscalías, y sin duda el auxilio por especialistas que faciliten la investigación de los hechos con trascendencia criminal, tanto en la fase preprocesal

⁴⁸ ALMAGRO NOSETE, J., «Acción popular», en *La Reforma del Proceso Penal*, Actas del II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 228. En el mismo sentido, CALVO SÁNCHEZ, M.C., «Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del Proceso penal», *Justicia*, 1990, pág. 70.

⁴⁹ Vid. CAPPELLETTI, M., *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, (con JOLOWICZ, J.A.), Milano, 1975, pág. 153.

⁵⁰ GIANNINI, M.S., «La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi», en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, pág. 23.

prevista en el artículo 773.2 LECrim, como en la fase de investigación propiamente procesal dirigida por el Juez de Instrucción. Pero la actuación del Ministerio Fiscal no debe reducirse al ámbito penal, sino que, como decía antes, debe también complementar la iniciativa popular en los procesos administrativos que persiguen el cumplimiento de lo previsto en la legislación de patrimonio histórico defendiendo los bienes que lo integran.

Mientras no hay duda alguna de la actuación de este órgano en la mayoría de los procesos penales, la LJCA contempla una actuación limitada en el proceso administrativo conforme al artículo 19.f): «Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: (...) f) El Ministerio Fiscal para intervenir *en los procesos que determine la Ley*». Nada dice la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico sobre ello, pero lógicamente es defendible la necesidad de esa actuación para procurar la protección de estos intereses difuminados que no se diferencian frecuentemente del interés general cuya defensa le corresponde a este órgano por mandato constitucional (art. 124 CE). Por ello, en los procesos administrativos en que se prevea la posibilidad de ejercitar la acción pública, como es nuestro caso, parece que debería admitirse la intervención del Ministerio Público, entre otras cosas, para poder cumplir con el trámite mencionado del art. 74.4 LJCA y poder continuar ejercitando la correspondiente pretensión en caso de desistimientos fraudulentos ⁵¹.

En este sentido se manifiesta la Circular 3/1998, de 23 de diciembre de 1998, sobre la «Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo». Se destaca, sin embargo, que este órgano no es vigilante ni fiscalizador de la actividad de la Administración, por ello no puede dirigirse a las Administraciones reclamando información o antecedentes sobre actividades en curso a fin de verificar su adecuación a la legalidad administrativa; es preciso que para actuar en el ámbito penal existan como *prius* indicios de criminalidad. Con respecto al proceso administrativo abiertamente se afirma de manera perfectamente plausible la legitimación del Ministerio Fiscal en aquellos casos en que la acción sea pública, como ocurre con la materia del patrimonio histórico nacional.

La doctrina, desde hace años, manifestó sus dudas respecto a la ampliación de funciones del Ministerio público para la defensa de intereses difusos, alegando motivos importantes como su carácter jerárquico y centralizado que

⁵¹ Conviene tener en cuenta los dos motivos generales que, en opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 524-525, justifican el papel del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo: por un lado, la inhibición de las víctimas de la Administración pública a la hora de defender sus derechos ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, y por otro, la incuestionable desigualdad de las partes en él.

se articula mal con el dinamismo propio de los intereses supraindividuales, el escaso ejercicio de las numerosas funciones que legalmente le corresponden (art. 3 EOMF), la falta de especialización, la limitación de medios personales y materiales, entre otras⁵². Pero los problemas prácticos que se derivan de ello han ido superándose claramente con el esfuerzo de las propias fiscalías sobre todo para perseguir con cada vez mayor eficacia los ilícitos ambientales. Es de esperar igual esfuerzo para un ámbito muy cercano a ellos como es el de la protección del patrimonio cultural.

5. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA PROTECCIÓN PROCESAL PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

Como antes mencionaba, el Código Penal de 1995, al extender el ámbito de protección a nuevos bienes jurídicos ha tipificado una serie de delitos relacionados directamente con lo que genéricamente denomina el «patrimonio histórico», no hay que olvidar por otra parte la Ley Orgánica 12/1995, sobre Represión del Contrabando que completa estas previsiones legales para sancionar la salida ilegal del territorio nacional de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español⁵³.

Entre las peculiaridades que desde la perspectiva procesal todo ello ocasiona hay que aludir a una cuestión orgánica: la previsión de unidades de investigación específicas para combatir este tipo de delincuencia; a dos medios de investigación no específicos pero con imprescindible aplicación en estos casos y, finalmente, son precisas algunas referencias concretas a la cooperación procesal internacional que persigue superar la impunidad sobre todo de los delitos cometidos por entes organizados que se benefician de la existencia de las fronteras estatales.

A) ESPECIALIDADES EN MATERIA DE POLICÍA JUDICIAL

La Disposición Final 4.^a de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Nacional autorizó al Gobierno para que, a iniciativa del Ministerio de Cultu-

⁵² Vid. CALVO SÁNCHEZ, M.C., «Hacia una nueva configuración del Ministerio Fiscal en el futuro modelo de enjuiciamiento civil», *La Ley*, 1992, t. 2, págs. 2247 y ss., BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 239-246, y la bibliografía allí citada

⁵³ Conviene señalar, como decía la STS (Sala 2.^a) de 29 de enero de 1997, que «son pocos los delitos de daños que han propiciado la intervención casacional de este Tribunal. Menos aún los que con referencia al patrimonio histórico y artístico se han enjuiciado en cualquier órgano jurisdiccional».

ra y a propuesta del Ministerio del Interior, dispusiera la creación en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de un Grupo de Investigación formado por personal especializado en las materias reguladas en esa ley y destinado a perseguir sus infracciones.

Por su parte el R.D. 111/1986, de 10 de enero, en su primera Disposición Adicional creó, en la Dirección General de la Policía, el Grupo de investigación para la protección del Patrimonio Histórico español que, como una Brigada Especial, quedaría adscrito a la Comisaría General de Policía Judicial, con la finalidad de colaborar con el Ministerio de Cultura y con los órganos de las Comunidades Autónomas encargados de la ejecución de la Ley 16/1985 en la investigación y persecución de las infracciones que contra ésta se realicen. Para que esa actuación fuera efectiva, se preveía la formación científica adecuada para el cumplimiento de las funciones atribuidas, con participación del Ministerio de Cultura en los programas de formación básica y perfeccionamiento de la Escuela General de Policía.

Finalmente, la mencionada Ley Orgánica 12/1995, como no podía ser menos, contempla la colaboración del Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Disposición Adicional 1.^a.1.II)⁵⁴. Esta colaboración ha sido examinada atentamente por la Fiscalía General del Estado al resolver la Consulta 2/1999, de 1 de febrero, la cual se pronuncia a favor de una interpretación no restrictiva del título habilitante de estas funciones del Servicio de Vigilancia, con específica mención de los bienes culturales dentro del ámbito de su protección, y destacando que sus miembros actuarán como Agentes de la Autoridad, auxiliares de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, sin dependencia o sujeción funcional a otros Cuerpos o Fuerzas de Seguridad.

B) LA ENTREGA VIGILADA Y EL AGENTE ENCUBIERTO

La propia Ley de Represión del Contrabando mencionaba ya la posibilidad de facultar a la Administración aduanera para autorizar la salida de mercancías de los recintos aduaneros como entrega vigilada, a fin de facilitar las investigaciones dirigidas a la comprobación de los delitos de contrabando. Conforme a la Disposición Adicional 1.^a.2 de la Ley de Represión del Con-

⁵⁴ Como destaca BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, F., *La Policía judicial*, Madrid, 1998, pág. 135, la potenciación de este Servicio ha sido posible por su dependencia del Ministerio de Hacienda y le ha llevado a tener un protagonismo directo en la lucha contra el contrabando.

trabando, los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias obstativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración aduanera, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando, estableciéndose para ello contactos e intercambios de información con otros servicios homólogos nacionales o internacionales.

Esta previsión materialmente restringida, ya contemplada también en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para combatir el tráfico ilegal de drogas desde finales de 1992 (art. 263.bis LECrim), fue desarrollada considerablemente por la Ley Orgánica 5/1999, que modificó nuestro principal texto procesal penal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Se introdujo una nueva redacción del artículo 263 bis LECrim. que enumera los distintos supuestos de delitos para los que es aplicable este medio de investigación, pero, así como se contempla la circulación o entrega vigilada de especies animales y vegetales a las que se refieren los artículos 332 y 334 CP, se olvida de incluir los bienes culturales. Se mantiene en vigor, por tanto, la Disposición Adicional 1ª.2 de la Ley 12/1995, pero se ha perdido la oportunidad de regular de manera integral la entrega vigilada.

La misma Ley Orgánica 5/1999 añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 282 bis por el que se incorpora a nuestro ordenamiento la figura del agente encubierto⁵⁵, que se infiltra en las redes de criminalidad organizada para obtener mayor información para la persecución de diversos delitos, entre ellos el apartado cuarto menciona los «k) Delitos contra el Patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando». La autorización corresponde al Juez de Instrucción competente o al Ministerio fiscal dando cuenta inmediata al Juez. La resolución que lo autorice debe ser fundada y debe valorar la necesidad de la infiltración según los fines de la investigación. El agente podrá actuar bajo identidad supuesta, que podrá mantener incluso cuando testifique en el proceso penal que pueda derivarse de los

⁵⁵ Vid. ampliamente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El agente encubierto», *La Ley* (España), núm. 4778, 20 de abril de 1999; RIFÁ SOLER, J.M., «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim.», *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, tercer trimestre 1999, págs. 157-188 y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración Policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada, 2001. En la doctrina hispanoamericana pueden consultarse EDWARDS, C.E., *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996 y MONTOYA, M.D., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998.

hechos en que ha intervenido, si se acuerda así por resolución judicial motivada⁵⁶. Una vez infiltrado podrá adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, por un período prorrogable de seis meses.

C) LA NECESARIA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL

Como es evidente, en este tipo de delitos en los que suele ser protagonista la criminalidad organizada es imprescindible la cooperación internacional para lograr cierta efectividad en su persecución⁵⁷. En este sentido, una Resolución del Consejo de la Unión (Cultura y Audiovisual) de 5 de noviembre de 2001, resaltó que los Estados miembros sólo pueden garantizar la efectiva protección del patrimonio nacional con valor artístico, histórico o arqueológico recurriendo a la cooperación a escala nacional, comunitaria e internacional, con un enfoque coordinado de los diferentes sectores concernidos, aludiendo a un posible reforzamiento de la cooperación teniendo en cuenta la posible evolución en materia de cooperación policial y judicial, para ello invita a los Estados para que completen la mera cooperación administrativa recurriendo a las posibilidades que ofrece la cooperación en esos otros dos ámbitos en materia de delincuencia⁵⁸.

El Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, prevé en su artículo 8 una forma específica de cooperación que consiste en la restitución de objetos obtenidos por medios ilícitos, como son los bienes robados, para que se restituyan a su legítimo propietario, sin perjuicio de las disposiciones en las legislaciones nacionales relativas al decomiso. Hay que tener en cuen-

⁵⁶ Es aplicable a este supuesto la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Peritos y Testigos. *Vid.* sobre la problemática que plantea esta ley: FUENTES SORIANO, O., «La L.O. 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales», *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 1, págs. 135-162; GIMÉNEZ GARCÍA, J., «El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral», Planes provinciales y territoriales de formación de 1996, CGPJ, Madrid, 1997, págs. 181-219; FERRER GARCÍA, A., «Diligencias de protección referidas al perjudicado y a los testigos», en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998, 203-236; MORENO CATENA, V., «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», *Revista Penal*, núm. 4, julio 1999, págs. 58-67 y GÓMEZ CINTAS, «La protección de testigos en el proceso penal», en *Problemas actuales de la Justicia penal* (Dir. J. PICÓ I JUNOY), Barcelona, 2001, págs. 151-171.

⁵⁷ Como recogía EL PAÍS el lunes 9 de julio de 2001, el tráfico internacional del arte mueve mundialmente al año cerca de 3000 millones de dólares; una parte importante de esta cantidad corresponde a la venta ilegal de piezas robadas.

⁵⁸ Ya la Convención de Delfos de 1985, sobre infracciones referidas a bienes culturales, preveía la asistencia mutua en la lucha contra el tráfico de bienes culturales.

ta, sin embargo, que cuando se trata de bienes culturales debe aplicarse la normativa comunitaria específica sobre exportación y restitución de tales bienes⁵⁹ que en España se desarrolló por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, recordando además que, conforme al artículo 29.1 de la Ley 16/1985: «pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5.º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles». El apartado 3 de este mismo artículo permite, no obstante, la cesión al anterior titular si acredita la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, obligándose a abonar los gastos de la recuperación del bien, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe.

6. LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL PATRIMONIO CULTURAL: PENAL Y ADMINISTRATIVA

Como reconoce la Recomendación de la Comisión Europea, de 20 de diciembre de 1974, «el patrimonio arquitectónico y natural, testimonio de la identidad cultural de Europa está en la actualidad gravemente amenazado de deterioro» y «se imponen medidas urgentes». Efectivamente, el objeto de protección de las normas que estamos estudiando suele encontrarse en situaciones de grave riesgo y de frecuente peligro, ya sea por actos ilícitos, ya sea por mera negligencia, con el agravante de que suele tratarse de bienes insustituibles, por todo lo cual la tutela preventiva aparece como fundamental. Es más, en realidad si se llega tarde en su protección puede afirmarse en muchos casos —sin temor a exagerar— que la misma pierde sentido⁶⁰.

⁵⁹ Como indica LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, P., *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Valencia, 2001, al hablar de «restitución» hacemos referencia en realidad a dos conceptos distintos: por un lado, a la acción del Estado dirigida a obtener la devolución material o física del bien cultural a su territorio, y por otro, la restitución del art. 111 CP por la que se trata de devolver a su legítimo propietario la cosa objeto del delito.

⁶⁰ En STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de junio de 1990, en torno a una resolución de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana que desestimaba un recurso contra resolución de la Dirección de Patrimonio Artístico por la que no se autorizó la demolición de un edificio del siglo XVIII, declaró: «La irreversibilidad del acto de demolición de un edificio de las características del que es objeto de este recurso y la finalidad conservadora del “patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España” que se garantiza en el art. 46 de la Constitución impone una interpretación de las disposiciones que fundamentan las resoluciones impugnadas, de conformidad con el art. 3.1 del Código Civil, o sea, en relación con la realidad social de nuestro tiempo atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de tales normas. Este espíritu y finalidad es la conservación de un legado histórico recibido de las generaciones anteriores con la consiguiente obligación de protegerlo y acrecentarlo para transmitirlo a las generaciones futuras, según se expone en el art. 1.º de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico-Español».

Por ello, la legislación administrativa contempla diversas medidas de carácter preventivo que la propia Administración debe aplicar en determinadas circunstancias. En este esfuerzo de prevención se inscribe, por ejemplo, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección del patrimonio cultural contra los actos ilícitos [Recomendación N.º R (96) 6] o las medidas previstas en la Convención de Granada de 1985, sobre protección del patrimonio arquitectónico en Europa para que el correspondiente Servicio de Protección del Patrimonio pueda hacer cesar con urgencia las actividades no autorizadas que pongan en peligro de destrucción el valor cultural de un monumento.

Obviamente la adopción de estas medidas por los órganos administrativos es controlable por la Jurisdicción y de ésta forma los Juzgados y Tribunales entran a valorar la adecuación a la legalidad de esta tutela cautelar administrativa. Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de febrero de 1987, en relación con una resolución de la Dirección General del Patrimonio Artístico, prohibiendo la demolición de un edificio situado en la calle San Antón de Cáceres por considerarlo incluido en el expediente de declaración de conjunto histórico artístico; la STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de noviembre de 1999 en relación con unas obras de remodelación de la Plaza de España en Castuera (Badajoz); o la del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de julio de 2001, sobre la paralización, por parte del Cabildo Insular de la Isla de la Palma, de las obras ejecutadas por el Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane en las proximidades de la Iglesia de Nuestra Señora de los Remedios, al poder afectar aquéllas a la Declaración de la misma como Bien de Interés Cultural: «Es evidente que la Administración del Cabildo podía, acorde con el art. 37.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, impedir y suspender obras u otras intervenciones afectantes a la citada Iglesia en sí, pero no, en cambio, actuar cautelarmente, sobre unas obras que, como las ejecutadas por el Ayuntamiento, se desarrollan sobre vías públicas, que aunque próximas a la Iglesia, están fuera del espacio físico ocupado por la misma y en nada afectan a los elementos estructurales o constructivos del propio Templo, con la singularidad además de mantenerse los elementos definidores del espacio (construcciones y vegetación) y una pavimentación en piedra natural...».

Pero lo que nos interesa en este punto, desde la perspectiva del Derecho procesal, no son esas medidas meramente administrativas, sino más bien las que pueden aplicar los órganos jurisdiccionales durante la pendencia del proceso. En cualquiera de los órdenes jurisdiccionales la inevitable necesidad de que transcurra un tiempo — más o menos extenso según los casos — para lle-

gar a una resolución firme, en la que eventualmente se estime la pretensión que ha ejercitado el actor, ha llevado a que los distintos ordenamientos configuren una serie de garantías para que, como decían los clásicos, el tiempo necesario para tener razón no se convierta en daño para el que tiene la razón. Se trata en definitiva de evitar que la tutela judicial efectiva del patrimonio cultural se vea a la postre frustrada, cuando se tenga una sentencia condenatoria, pero el daño sea ya irreversible.

Sin ánimo de detenerme en el examen complejo de este tipo de medidas conviene resaltar varios artículos que tienen, para esta materia, una importancia particular. En el orden penal, el propio Código penal establece una importante disposición en el artículo 339, precisamente como norma común aplicable en los procesos por delitos sobre la ordenación del territorio, por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, por delitos relativos a la protección de la flora y fauna, y, asimismo, los delitos contra el patrimonio histórico: tras una mención específicamente referida a los delitos que lesionen el equilibrio ecológico, viene a abrir el abanico de posibilidades para que los Jueces y Magistrados competentes puedan adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en ese Título ⁶¹.

Por lo que se refiere al proceso administrativo, como dice ORTELLS ⁶², la tutela cautelar está muy condicionada por la técnica del acto administrativo previo y ejecutivo de la propia Administración, con lo cual lo habitual ha sido que la protección provisional en que consisten las medidas cautelares en este orden jurisdiccional se han dirigido primordialmente a impedir que la ejecución del acto se produjera durante la pendencia del proceso, si de la misma podía derivarse una situación que imposibilitara o dificultara en exceso el cumplimiento de la sentencia para el caso de que ésta fuera favorable al actor. Así pues, la medida clásica era la suspensión cautelar del acto o de la dispo-

⁶¹ No comparto la interpretación restrictiva de ARIAS EIBE, M.J., *El patrimonio cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del Código Penal de 1995*, Comares, Granada, 2001, pág. 212, cuando entiende que el artículo 339 parece ir dirigido exclusivamente a la protección del medio ambiente, mientras que a la protección del patrimonio histórico serían aplicables las medidas del 321. En mi opinión, conviene diferenciar la distinta naturaleza de unas medidas y otras, pues mientras que el segundo inciso del artículo 339 se refiere a la amplia aplicabilidad de medidas cautelares en los procesos por los delitos comprendidos en el Título XVI del Código Penal («De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente»), es decir, medidas dirigidas a asegurar la ejecución de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones ejercitadas, el artículo 321 y el primer inciso del artículo 339 se refiere al contenido de la pretensión de resarcimiento, y por tanto implican una concreción de los artículos 109 y ss. del mismo cuerpo legal.

⁶² ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, (con CALDERÓN CUADRADO, M.P.), Comares, Granada, 1996, pág. 171.

sición administrativa⁶³: por ejemplo, la eventual suspensión de las obras de ampliación del Museo del Prado, la efímera suspensión del derribo del depósito de aguas de Campoamor en Salamanca, etc.⁶⁴.

Pero puede afirmarse que la reforma de 1998 ha ampliado las posibilidades de la tutela cautelar del patrimonio cultural, pues se establece que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia (art. 129 LJCA)⁶⁵. Pero la adopción de la medida cautelar exige la previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto en el caso concreto y es necesario que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso, pudiéndose denegar su adopción cuando pueda provocar perturbación grave de los intereses generales o de tercero (art. 130 LJCA).

La apertura del artículo a «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» supera la mera suspensión y posibilita la adopción de medidas positivas conservativas del bien cultural sobre el cual verse el proceso administrativo. Con buen criterio, la Ley opta por la flexibilidad para que pueda adoptarse la medida adecuada para el tipo de pretensión ejercitada, atendiendo a la naturaleza del bien litigioso⁶⁶.

⁶³ Como indica CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Las medidas cautelares», en *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1999, 579, por la propia lógica de las cosas la medida de suspensión deberá conservar en la práctica su significación casi paradigmática.

⁶⁴ Así, por ejemplo, en la STS de 7 de febrero de 2001, en relación con la denegación por parte del TSJ de La Rioja de la suspensión de un acuerdo del Ayuntamiento de Anguiano que denegó una licencia para ampliación de una anterior de obras en un edificio de interés histórico-artístico del siglo XVII.

⁶⁵ Vid. entre otros, CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva Justicia administrativa*, Madrid, 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por la medidas cautelares*, 2.^a ed., Madrid, 1995; FENOR DE LA MAZA Y CÓRNIDE-QUIROGA, A., *Nuevas perspectivas en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1997; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Madrid-Barcelona, 1999; RODRÍGUEZ PONTÓN, J., *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Administrativo*, Barcelona, 1999; GIL IBÁÑEZ, J.L., *Las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo*, Madrid, 2001; RUIZ PIÑERO, F.L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Pamplona, 2001.

⁶⁶ Es destacable en el Derecho comparado, la previsión de la reciente Ley portuguesa núm. 107/2001, de 21 de septiembre, sobre protección y valorización del patrimonio cultural, pues incluye en el derecho de acción popular como garantía de los administrados el derecho a una amplia tutela cautelar. Como establece el art. 9.4 de la Ley núm. 107/2001: «O direito de acção popular inclui a utilização de embargo judicial de obra, trabalho ou serviço novo iniciados em qualquer bem cultural contra o disposto na presente lei e nas restantes normas do direito do património cultural, bem como o emprego de quaisquer outros procedimentos cautelares adequados, nos termos da alínea c) do n.º 1 do presente artigo [O direito de desencadenar meios processuais de natureza cautelar, incluindo os previstos na lei de processo civil quando os meios específicos do contencioso administrativo nao puderem proporcionar uma tutela provisória adequada]».

Puede ser esencial, finalmente, la adopción de tales medidas, ante circunstancias de especial urgencia que concurren. Para estos casos el artículo 135 establece la posibilidad de adoptarlas de modo inmediato, *inaudita parte*, previendo una comparecencia posterior para confirmar, modificar o revocar tales medidas tras haber oído a las partes. No es posible adoptarlas antes del inicio del proceso si únicamente se da la circunstancia de especial urgencia y no se está en alguno de los supuestos del artículo 136, es decir, de inactividad material de la Administración o de vía de hecho (arts. 29 y 30).

7. EL PROCESO CIVIL PARA LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES SALIDOS DE FORMA ILEGAL

Una última referencia a la protección de los bienes culturales desde la perspectiva del Derecho procesal debe atender a un orden jurisdiccional al que hasta ahora casi no se ha hecho referencia por su carácter totalmente residual en esta materia. Precisamente la articulación interna de la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, articulación a la que procedió la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, en desarrollo de la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 5 de marzo, remite a los trámites del juicio verbal civil para ejercitar las pretensiones de restitución ejercitables ante los Tribunales competentes del Estado requerido. Por tanto, los órganos jurisdiccionales civiles españoles tendrán jurisdicción para conocer de los casos en que los bienes se hallen en territorio español⁶⁷. Se trata, todo hay que decirlo, de un procedimiento sin estrenar y se habla de la influencia positiva de su mera existencia para favorecer restituciones amigables⁶⁸.

La particularidad está en que únicamente los Estados miembros de la Unión Europea de cuyo territorio haya salido el bien estarán legitimados para

Ya anteriormente, con un ámbito de aplicación más amplio, la Ley brasileña 7347, de 24 de julio de 1985, establecía en su artículo 4, una acción cautelar con la finalidad de evitar los daños al medio ambiente, al consumidor, al orden urbanístico o a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

⁶⁷ Se pueden plantear problemas no contemplados expresamente en la legislación aplicable si, una vez presentada la demanda, el bien pasa a un tercer Estado, *Vid.* CARRANCHO HERRERO, M.T., *La circulación de bienes culturales muebles*, Madrid, 2001, págs. 163-164.

⁶⁸ *Vid.* Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento (CEE) n.º 3911/92 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales y de la Directiva 93/7/CEE del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. COM (2000) 325 final Bruselas, 25 de mayo de 2000.

ejercitar la acción de restitución frente a quienes tengan la posesión o la simple tenencia del bien reclamado⁶⁹. El artículo 4 de la Directiva permite también el sometimiento de estos casos a arbitraje, siempre que, como es natural, ambas partes den previa y formalmente su conformidad.

Como el Estado requirente actúa en estos procesos sin ejercer su soberanía, estamos ante un litigio *inter privados*, de ahí que conozcan los órganos jurisdiccionales civiles, que por otra parte tendrían *vis atractiva*. Precisamente ese carácter de litigio entre particulares, permitiría que la legitimación activa correspondiera, no al Estado nacional de los bienes, sino al particular propietario de los mismos⁷⁰, sin embargo las mayores dificultades que tiene el particular para desplazarse al Estado en que se hallan los bienes y, sobre todo, el inherente interés público de los mismos justifica la limitación legitimatoria derivada directamente del artículo 5 de la Directiva.

8. CONCLUSIÓN

Un rasgo común en la normativa internacional y nacional dirigida a la protección de los bienes culturales o, si se prefiere, del patrimonio histórico, es la apertura a la participación de la propia sociedad⁷¹. A este principio general se adapta, como hemos visto la llamada «acción pública» que desde 1956 es aplicable en nuestros procesos administrativos en materia de urbanismo y ordenación del territorio y, desde 1985, más específicamente en materia de protección del patrimonio histórico.

Frente a sectores que, sobre todo en el ámbito procesal penal, se muestran partidarios de restringir e incluso eliminar esta apertura legitimatoria, defienden la necesidad de fomentar el acceso de la propia sociedad organizada a las instancias que constitucionalmente están previstas para ejercitar la potestad jurisdiccional a través del debido proceso con todas las garantías.

Debe concederse, sin embargo, que la situación es distinta a la de hace unas décadas en el orden jurisdiccional administrativo, pues si entonces la

⁶⁹ Conviene tener en cuenta que por esta vía no se pretende ejercitar ningún tipo de pretensión derivada del derecho de propiedad sobre estos bienes, simplemente se pretende su devolución material al Estado desde donde han salido ilegalmente. Precisamente la justificación de esta legitimación exclusiva del Estado se debe a la pertenencia del bien al patrimonio cultural nacional. *Vid.* al respecto LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, P., *La reivindicación...*, *op. cit.*, págs. 83-86.

⁷⁰ Así lo propugnan los Países Bajos, según el Informe *cit.*

⁷¹ En el informe *Orientations pour le développement de législations et de systèmes de gestion du patrimoine culturel*, Strasbourg, 2000, pág. 98, se destaca precisamente que la eficacia de los mecanismos jurídicos e institucionales implica la «adhesión» de la sociedad a la que se aplican, por ello hay que completar las leyes y los reglamentos con mecanismos «positivos» de participación del público.

acción popular servía de portillo para superar las excesivas limitaciones de acceso a la Jurisdicción, consecuencia sobre todo de la interpretación estricta del concepto de «interés directo», desde hace ya tiempo la jurisprudencia —y después la propia ley— ha flexibilizado el requisito de legitimación hasta el punto de reconocerse como posición subjetiva legitimante la de las asociaciones dedicadas estatutariamente a la defensa de determinados intereses difusos. Esta llamada legitimación colectiva, recogida en el artículo 19 LJCA, hace verdaderamente más superflua la previsión de una «acción pública», que por otra parte plantea problemas, por ejemplo respecto a la posibilidad de ver reconocida la asistencia jurídica gratuita.

En definitiva, considero más ajustado a la realidad de las cosas que los órganos jurisdiccionales reconozcan la legitimación colectiva a quienes pretendan iniciar un proceso administrativo alegando ser titulares de intereses difusos, concibiéndolos como verdaderos intereses legítimos, superando así la necesidad de acudir a la vía de la protección meramente objetiva del ordenamiento cuando realmente se trata de suscitar la tutela judicial efectiva de intereses reconocidos por el propio ordenamiento como dignos de protección ⁷².

Todo ello no debe impedir la actuación complementaria del Ministerio Fiscal en los procesos en que estén implicados elementos integrantes del patrimonio cultural, pues cuando se trata de proteger intereses indivisibles no está de más aunar esfuerzos públicos y privados en la línea de lo que ya hace tiempo viene sosteniendo la doctrina procesalista ⁷³, si bien para ello es necesario adaptar las estructuras del Ministerio Público para permitirle una posición activa en la defensa de los bienes culturales a semejanza de la que han demostrado algunas fiscalías respecto a la protección de intereses similares como son los medioambientales.

Como hemos visto, el legislador español en los últimos años ha ido perfeccionando el panorama de la protección procesal del patrimonio cultural a través de diversas disposiciones más particulares, sobre todo en el ámbito procesal penal, que han tenido el complemento de previsiones internacionales y comunitarias relativas a aumentar la cooperación judicial internacional o a establecer vías para la efectiva restitución de bienes culturales salidos de forma ilegal. Estamos todavía en una fase muy temprana en la aplicación de este conjunto normativo, que deberá mejorarse necesariamente con el tiempo para que pueda hablarse de una tutela judicial real y efectiva de estos bienes.

⁷² En contra de extender desmesuradamente el concepto de ofendido/perjudicado LATORRE LATORRE, V., *Acción popular/Acción colectiva*, Madrid, 2000, pág. 203.

⁷³ Cfr. CAPPELLETTI, M., y GARTH, B., págs. 19-20, «Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A general Report», *Access to Justice*, Vol. I, A World Survey, book 1, Milan-Alphenaaandenrijn, 1978, págs. 19-20.

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HISTÓRICA

Juan Manuel Alegre Ávila
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

I. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

1. EL ARTÍCULO 46 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL DE 1985

El artículo 46 de la Constitución española de 1978 (precepto inserto en el Capítulo Tercero del Título Primero: «De los principios rectores de la política social y económica») dispone:

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

Encomienda que halló su plasmación legislativa en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español [en adelante, LPHE], y cuyo dictado obedeció, según puede leerse en su Preámbulo, al designio de lograr estos tres objetivos, a saber, la superación de la dispersión normativa a que, desde la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional, condujo en este sector del ordenamiento jurídico la introducción de diversas fórmulas con las que afrontar situaciones no previstas o inexistentes en 1933; la incorporación a la legislación interna de los nuevos criterios para la protección y conservación de los bienes históricos y culturales adoptados por los organismos representativos de la comunidad internacional y plasmados en numerosas convenciones y recomendaciones suscritas y observadas por España; y, en tercer lugar, la solución al problema del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Preámbulo, III).

En esta tesitura, la LPHE, verdadero código de nuestro Patrimonio Histórico, consagra, en línea con la concepción italiana del *bien cultural* que alum-

brara a mediados de los sesenta la llamada Comisión FRANCESCHINI y teorizara en 1976 Massimo Severo GIANNINI, «una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión» (Preámbulo, IV), al comprender, siempre según los términos del Preámbulo LPHE, «los bienes muebles e inmuebles que lo constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental y Bibliográfico»; buscando, en suma, «asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquélla como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico» (Preámbulo, IV), en línea, así, con la caracterización de su objeto, el ahora rotulado como Patrimonio Histórico Español, como «principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea» (Preámbulo, I).

2. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO

Como se ha dejado indicado, una de las razones que dieron pie a la revisión de la legislación de los bienes históricos fue, precisamente, la acomodación del marco normativo anterior a 1985 a los criterios de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Unos criterios que, en lo sustancial, plasman dos textos (amén del art. 149.2 C. E., expresamente citado, junto con los arts. 44, 46, 149.1.1 y 149.1.28 del texto constitucional, por el art. 2.1 LPHE, en cuanto fundamento de la competencia del Estado en este ámbito, en cuya virtud, y sin perjuicio de las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas, «el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas»), los recogidos en los arts. 148.1.16 y 149.1.28 C. E. Preceptos que, respectivamente, asignan a la competencia de las Comunidades Autónomas, según lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía, el «patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma», en tanto que como competencia exclusiva del Estado se consigna la «defensa del patrimonio cultural, archivístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas».

Pues bien, el entendimiento que la LPHE plasmó del ámbito competencial del Estado puede sintetizarse del modo que sigue: a) el Estado devenía

competente para dictar una ley general en materia de Patrimonio Histórico; una ley que, sin perjuicio de su desarrollo o complemento por las Comunidades Autónomas, diseñara el régimen jurídico, en sus trazos básicos o definitorios, de aquél; b) el grueso de las competencias ejecutivas se entregaba a las Comunidades Autónomas [art. 6 a) LPHE], salvo que la intervención de la Administración del Estado fuera requerida de modo expreso por la propia LPHE o resultara necesaria para la defensa frente a la exportación ilícita y la exportación, o se tratara de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional [art. 6 b) LPHE].

Uno de los supuestos en que la LPHE reclamaba la intervención (ejecutiva) de la Administración del Estado era, justamente, a la hora de proceder a la declaración de Bien de Interés Cultural (arts. 1.3 y 9 LPHE), en la medida en que, sin perjuicio de la incoación y tramitación de los oportunos expedientes por las respectivas Comunidades Autónomas, aquella declaración debía efectuarse por Real Decreto del Gobierno de la Nación. Competencia que la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero (fundamento jurídico 10) restringió de manera notable, al constreñir la potestad de declaración a los supuestos *nominatim* en el art. 6 b) LPHE, esto es, cuando se trate de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, de suerte que en todos los demás casos las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía, devenían apoderadas no sólo para incoar e instruir los expedientes de declaración sino también para dictar las oportunas resoluciones.

El citado pronunciamiento (típica Sentencia interpretativa de rechazo...de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos) abrió así paso en materia de Patrimonio Histórico al más amplio ejercicio de las potestades legislativas autonómicas. Unas potestades que, sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado sobre exportación y expoliación (noción esta última recogida en el art. 4 LPHE, cuya definición, ciertamente amplia, avaló la STC 17/1991 como título habilitante de la competencia legislativa estatal, y fundamento de la regulación incorporada al art. 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, según redacción introducida por Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, de modificación de aquél), así como sobre Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal (con el alcance en este caso de lo señalado en la STC 103/1988), ha encontrado su traducción en el dictado de una serie de leyes autonómicas de carácter general, y cuya imbricación en el ordenamiento estatal de los bienes históricos no es siempre de fácil intelección. Leyes que, por orden cronológico, de aparición, son las que siguen.

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

II. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HISTÓRICA O CULTURAL

1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL: LA NOCIÓN DE «BIEN CULTURAL»

Garantía de la conservación y promoción del enriquecimiento, pues, del Patrimonio Histórico Español, como fines u objetivos a que se contrae la encomienda del art. 46 C. E. Fines cuya consecución se vertebra mediante la implantación de un régimen tuitivo y protector de la intangibilidad de los valores de que son portadores los bienes históricos o culturales, es decir, por venir de nuevo a las palabras del Preámbulo LPHE, de esos testimonios materiales que son expresión de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. Régimen que, precisamente por esa impronta tuitiva, deviene riguroso y exigente, hasta el punto de modular fuertemente las facultades de uso y, en ocasiones, de

disposición de los titulares de derechos sobre estos bienes, y que, en definitiva, no es sino el desarrollo del estatuto básico de la propiedad histórica, concretado en el deber de «conservación, mantenimiento y custodia» a que se refiere el art. 36.1 LPHE (en parecidos términos, para los bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico, el art. 52.1 LPHE).

Un deber, mejor, un conjunto de deberes, limitaciones y cargas, que definen aquel estatuto, cuyo cumplimiento el legislador pretende fomentar con el otorgamiento de una serie de medidas de carácter incentivador que, en esta línea, configura, no sólo como fomento, sino también como «compensación» por las cargas que la Ley impone, según la dicción del art. 69.1 LPHE, y cuyo sentido último es la idea de que la conservación del Patrimonio Histórico es tarea que a todos, y no sólo, aunque ciertamente de modo primordial, a los titulares o poseedores de estos bienes, incumbe, pues en último término (tal es la teleología del entramado constitucional y legal) toda la colectividad es (debe ser) destinataria del disfrute de los mismos, pues, como dice el Preámbulo LPHE, «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» (Preámbulo, X).

Pues bien, el objeto de las líneas que siguen es el de articular con un cierto rigor el haz de normas que dispone la LPHE, quicio del ordenamiento protector de los bienes históricos, y cuyo sentido puede descubrirse a partir de la lectura de su art. 1, que dice así:

«1. Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español.

2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el Patrimonio Documental y Bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

3. Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley».

La LPHE plasma una nueva concepción del objeto de protección, esto es, del ahora signado como Patrimonio Histórico Español. Denominación que pretende ser fiel reflejo de aquélla, desde el momento en que, de modo consciente y deliberado, del rótulo de la Ley ha desaparecido el término «artístico», que lucía en la de 13 de mayo de 1933, antecesora de la actual, que mera-

mente consigna el de «histórico». Cambio de denominación que pretende dar cuenta de la superación de la tópica visión esteticista o museizante de esta rama del ordenamiento jurídico (y continental europeo: así, la Ley francesa de 31 de diciembre de 1913, sobre monumentos históricos, o la italiana de 1 de junio de 1939, trasunto en buena medida de la española del 33, sobre las cosas de interés histórico y artístico), realzando el hecho de que determinados testimonios materiales son protegidos en razón de constituir «el principal testigo de la aportación histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea», de representar «una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la contribución histórica de los españoles a la cultura universal» (Preámbulo LPHE, I y IX).

La Ley del 85 acoge, pues, la concepción de «bien cultural» de la italiana Comisión FRANCESCHINI, constituida a mediados de los sesenta para estudiar la reforma de la legislación de los bienes de interés histórico-artístico, y cuya Declaración Primera define a aquél como todo testimonio material dotado de un valor de cultura o de civilización («testimonianza materiale avente valore di civiltà»). Se trata de una noción unitaria, que pretende superar las visiones sectoriales y parciales de las distintas ramas del ordenamiento implicadas, esto es, las que plasmaban los diferentes textos legislativos reguladores de distintos conjuntos de bienes: los de carácter histórico y artístico, las llamadas «bellezas naturales», los bienes arqueológicos, los bienes ambientales de carácter urbanístico,... Noción, que se pretende jurídica, que compendia, en una síntesis de carácter globalizador, el tratamiento de todos aquellos bienes de los que puede predicarse el ser testimonio o expresión del devenir histórico del hombre. De ahí que el rasgo definitorio de esta noción, y de la concepción que incorpora, de bien cultural sea el de la radical dimensión de «historicidad» de que aparecen revestidos determinados testimonios materiales de la cultura y la civilización, y razón que da cuenta, así, de la desaparición del requisito de una determinada antigüedad, como ocurría en el art. 1 de la Ley española de 1933, para considerar a un bien integrante del Patrimonio Histórico Español, y que, sin perjuicio de su necesaria apoyatura en las ideas de «mérito», «interés» o «valor», remite de modo inexcusable al juicio técnico-valorativo que en relación con estos bienes cumplen las disciplinas, no jurídicas, encargadas de su estudio.

2. LA LPHE COMO «CODIGO UNITARIO» DE LOS BIENES HISTÓRICOS: LOS DIFERENTES NIVELES O GRADOS DE PROTECCIÓN

Nueva concepción del objeto de protección, que se engloba en el rótulo de «Patrimonio Histórico Español», que, a su vez, marcha en paralelo a la am-

pliación de su extensión y contenido, de modo que la LPHE pasa a configurarse como un auténtico «código unitario» de los bienes que integran el referido Patrimonio. Caracterización que pone de relieve su Preámbulo (IV) y refleja la definición que de aquél plasma su art. 1.2, una definición montada sobre la concurrencia de un «interés» (mérito o valor) cualificado por una serie de notas, que se sintetizan en lo «histórico» o «cultural», y que, y esto es lo que importa notar, no es óbice a la previsión de distintas categorías o niveles de protección (Preámbulo, V y art. 1.3), trasunto de la diferente intensidad de la tutela que la LPHE dispensa al conjunto de bienes que integran el genérico Patrimonio Histórico Español. Así, como nivel máximo de protección, se sitúa la categoría de *Bien de Interés Cultural*, de aplicación a aquellos bienes, muebles e inmuebles (arts. 14.1 y 2 y 27 LPHE), que, por virtud de la pertinente declaración, gozarán de «singular protección y tutela», y en relación con los que se construye el régimen por antonomasia de la legislación histórica, un régimen integrado por un riguroso conjunto de limitaciones y deberes positivos de actuación, en cuyo envés se localiza una serie de medidas enderezadas a compensar y fomentar el cumplimiento de aquéllas y de éstos, y cuya expresión más notable se refiere al tratamiento fiscal de estos bienes (arts. 69 y siguientes LPHE).

Por otro lado, y el consignado a continuación es rasgo relevante de la concepción de los bienes históricos que, como traducción del derecho de acceso a la cultura *ex* arts. 44 y 46 de la Constitución, luce en la LPHE, sobre los Bienes de Interés Cultural se articula, de modo destacado, si bien no único, el derecho de los ciudadanos de acceder a su goce y contemplación. En palabras de su Preámbulo, «todas las medidas de protección y fomento sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadaos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo» (X). Un derecho que halla una de sus más acendradas expresiones en el derecho de visita pública (art. 13.2 LPHE y Disposición adicional cuarta del Reglamento de 10 de enero de 1986), y cuyo basamento se localiza en la idea de que los bienes históricos son portadores de un valor «cultural», cuyo correlato es la «natural» puesta a disposición de los ciudadanos de estos bienes (de todos los bienes culturales, en general, aun cuando el legislador haya ceñido el derecho de visita a los dotados, de entre aquéllos, de una singular relevancia, los Bienes de Interés Cultural), justamente para dotar de contenido al referido derecho constitucional.

El segundo nivel de protección es el de los *Bienes Muebles del Inventario General* del art. 26 LPHE, de extensión a los no declarados de interés cultural que tengan una «singular relevancia» (art. 26.1 LPHE). Categoría que sólo es de aplicación a los bienes muebles (en el sentido del art. 335 del Código Civil y, *sensu contrario*, art. 14.1 LPHE), que comporta un sistema de pro-

tección, igualmente exigente y riguroso, pero de una menor intensidad, por lo que se refiere a los deberes impuestos a los titulares de derechos sobre estos bienes, que el diseñado para los Bienes de Interés Cultural. En todo caso, en la economía de la LPHE el Inventario General (verdadera categoría de protección, y no mero elenco o relación de bienes) se concibe como el instrumento ordinario de protección de la riqueza mueble, protección que, en el ámbito del tráfico externo, se traduce en la exigencia de autorización «expresa y previa» (art. 5.1 LPHE) para poder exportar, ya con carácter definitivo, ya temporal, los bienes incluidos en el Inventario.

Finalmente, el tercer nivel de protección queda configurado con un carácter residual, esto es, se extiende a todos los bienes que no han sido declarados Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General. En puridad, este nivel de protección, cuya amplitud viene definida por relación al genérico deber de conservación, mantenimiento y custodia (arts. 36.1 y 52.1 LPHE), así como a la eventualidad de que la Administración ordene la suspensión de las obras de demolición o de cambio de uso de bienes inmuebles no declarados de interés cultural (arts. 25 y 37.2 LPHE), es un trasunto del propio ámbito objetivo de aplicación de la LPHE, esto es, de los bienes que, de acuerdo con el art. 1.2, forman parte del Patrimonio Histórico Español, sustrato sobre el que, en consecuencia, actuarán las declaraciones de interés cultural o de inclusión en el Inventario del art. 26 LPHE.

3. UNA SOMERA DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO ESTATUTARIO DE LA PROPIEDAD HISTÓRICA

La consecución de los fines u objetivos a que se ha hecho referencia (la protección, el acrecentamiento y la transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español) se concreta, como hemos visto, en el establecimiento, modulado en atención a la específica categoría de protección, de un peculiar régimen jurídico de la propiedad histórica o cultural, y que supone la consagración de un conjunto de limitaciones y deberes positivos de actuación impuestos a los propietarios, titulares de derechos reales y poseedores en general. Un régimen que se endereza al mantenimiento y la preservación de los valores (el «interés» a que se refiere el art. 1.2 LPHE) inherentes a estos bienes, así como a la realización del acceso de los ciudadanos a la contemplación y al disfrute de dichos valores. En este sentido, y en tanto que técnicas de fomento e incentivo, la LPHE prevé una serie de medidas que tienden a compensar a los propietarios por las cargas impuestas, a fin de que cobren realidad aquellas conservación, disfrute y acrecentamiento de los bienes del Patrimonio Histórico Español.

Una advertencia. Este marcado sesgo protector y tuitivo de la normativa histórica (histórico-artística o cultural) ha tomado como referencia la propiedad *privada*, de suerte que el conjunto de reglas que definen el contenido estatutario de la propiedad histórica, y cuyo rasgo caracterizador es, precisamente, esta vertiente restrictiva o limitativa de las facultades de uso y disposición que, estructural o arquitecturalmente, definen el derecho de propiedad *ex art.* 348 del Código Civil, se ha predicado tradicionalmente de los bienes de que son titulares los particulares, ya individual, ya de modo colectivo (art. 345 del Código Civil). Constatación, por otro lado, que no ha de verse como una adulteración de la encomienda, dirigida a todos los poderes públicos, de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento de todos los bienes históricos o culturales, «cualquier que sea su titularidad» (art. 46 de la Constitución), por cuanto el presupuesto (implícito) de esta más intensa atención a los de propiedad privada es el convencimiento de que la titularidad pública garantiza de por sí la consecución de aquellos fines, de modo que sólo en relación con los de propiedad de los particulares se impone la necesidad de una particular disciplina que asegure el logro de los indicados objetivos.

Ofrezcamos, pues, una muestra del alcance de estas limitaciones o restricciones (deberes, más que cargas, en sentido técnico, y que de manera singular integran, como venimos diciendo, el estatuto peculiar de la propiedad histórica) que pesan sobre los propietarios, titulares de derechos reales y poseedores en general de bienes históricos. Éstos, en efecto, vienen obligados, cuando se trata de Bienes de Interés Cultural, a permitir y facilitar su inspección por los organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración cuando medie causa justificada o ser sustituida por el depósito del bien, de tratarse de un bien mueble, por un período no superior a cinco meses cada dos años, para la organización de exposiciones temporales (art. 13.2 LPHE). Un régimen similar se prevé para el caso de los bienes muebles del Inventario General (art. 26.6 LPHE), así como en relación con los del Patrimonio Documental y Bibliográfico (art. 52.3 LPHE).

Asimismo, de tratarse de bienes inmuebles (respecto de los que la LPHE ha previsto una única categoría de protección, precisamente, la de Bien de Interés Cultural; las leyes autonómicas, por el contrario, han creado un segundo, e incluso un tercero, nivel de protección), entran en juego las prescripciones del Título Segundo LPHE, tales como la prohibición de su separación del entorno; la preceptiva autorización (expedida por el organismo competente para la ejecución de la Ley, es decir, el correspondiente de la

Comunidad Autónoma) para realizar cualquier obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias, así como de las que pretendan realizarse en el entorno afectado por la declaración; autorización que, igualmente, es necesaria para colocar en las fachadas y cubiertas de los Monumentos y Jardines Históricos cualquier clase de rótulo, señal o símbolo; la prohibición, en sentido contrario, de colocar, en estos mismos casos, cables, antenas y conducciones aparentes, así como todo tipo de publicidad comercial; la sujeción de la demolición de un edificio declarado en ruina a la obtención de la oportuna autorización, o la necesidad de obtener esta misma autorización para llevar a cabo, por razón de fuerza mayor, obras de existir urgencia y peligro inminente de derribo (arts. 18, 19 y 24 LPHE). Unas autorizaciones que, en todo caso, no eximen de la obtención de la pertinente licencia urbanística municipal.

Pero, sin duda, uno de los extremos más llamativos, si no el más relevante, del régimen de la riqueza histórica de carácter mueble (los inmuebles declarados de Interés Cultural, en cuanto inseparables de su entorno, quedan, por obvias razones, excluidos de esta eventualidad) es el atinente a su circulación externa, es decir, a su exportación. En este punto, luce con toda intensidad el carácter tuitivo de esta rama del ordenamiento jurídico, cuyo hilo conductor es, precisamente, evitar o, al menos, obstaculizar la salida del territorio nacional de los bienes históricos (en contraste, justamente, con las facilidades dadas en materia de importación: art. 32 LPHE). Así, la LPHE prohíbe la exportación (sin perjuicio de su salida temporal y de su permuta *ex* arts. 31 y 34) de los Bienes de Interés Cultural y de aquellos que la Administración del Estado declare expresamente inexportables como medida cautelar en tanto se incoo procedimiento para su inclusión en alguna de las categorías de protección previstas en la Ley (art. 5.2), en tanto que sujeta a autorización, expresa, de la Administración del Estado (la exportación es, en todo caso, competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.28ª de la Constitución) la de los Bienes del Inventario General y de los que tengan más de cien años de antigüedad.

En todo caso, y como genérico marco de referencia, en el Título Cuarto LPHE se diseña el que podemos caracterizar como régimen común de la propiedad histórica, aglutinado bajo el rótulo «sobre la protección de los bienes muebles e inmuebles», entendiendo por tales los que constituyen el núcleo básico del Patrimonio Histórico Español, esto es, con independencia de los que se engloban en los llamados «Patrimonios Especiales» de los Títulos Quinto, Sexto y Séptimo LPHE. Compendio y cifra de este régimen común es el deber de conservación, mantenimiento y custodia a que se refiere el art. 36.1, y, de modo más específico, por lo que atañe a los Bienes de Interés Cultural, la subordinación de su utilización a la no puesta en peligro de los

valores que aconsejan su conservación, y su corolario del control administrativo, en virtud de la técnica de la preceptiva y expresa autorización, de los cambios de uso pretendidos.

4. LAS DIFERENTES CARACTERIZACIONES DOGMÁTICAS DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA PROPIEDAD HISTÓRICA

El conjunto o serie de limitaciones y restricciones que definen el régimen de la propiedad histórica ha encontrado eco en la doctrina, que ha esbozado distintas explicaciones acerca de la conjunción entre la caracterización del derecho de propiedad, en cuanto genérico derecho de goce y disposición, y esas limitaciones a que se veía constreñido el propietario (titular de derechos reales o poseedor en general) de un bien histórico, y cuya justificación ha de buscarse en razones de protección y conservación de los bienes históricos, así como en el aseguramiento del acceso a su contemplación y disfrute por los ciudadanos.

Así, en un primer momento se acudió a la doctrina de las limitaciones administrativas de la propiedad privada, doctrina que veía en el conjunto de deberes y limitaciones impuestos a los propietarios unas a modo de restricciones o constricciones del ordinario régimen de uso y disposición, justificadas por razones de interés público y que, en todo caso, dejaban a salvo la esencia del derecho de propiedad como poder de libre utilización y disposición de los bienes sobre los que recaía. No obstante, esta explicación, una vez que las intervenciones administrativas sobre los bienes históricos adquirieron una mayor profundidad y extensión, no daba razón bastante acerca de la propia naturaleza de los derechos, públicos y privados, que recaían sobre esta peculiar propiedad.

Y, así, poniendo el acento cada vez más en la dimensión objetiva que dimanaba de los específicos caracteres de los bienes históricos, se dirá que el propietario privado era una especie de ejerciente privado de funciones públicas, o, bien, un custodio del interés público, resaltándose de este modo, cada vez con más intensidad, la dimensión de «función» o «interés» público que cumplen estos bienes, más allá de la estricta perspectiva subjetiva del titular privado de derechos. Dimensión que alcanzará una destacada versión, especialmente en Italia, en la doctrina de los «bienes de interés público», categoría intermedia entre los bienes de titularidad pública y los de titularidad privada, y que trata de poner de relieve la existencia de un *tertium genus* constituido por bienes de propiedad privada que, no obstante, ofrecen un destacado interés público, razón por la que los poderes públicos intervienen en su disciplina de una manera progresivamente intensa, y que, asimismo, justi-

fica la especial sujeción o sometimiento del propietario privado a los dictados y órdenes de la Administración.

En definitiva, estas explicaciones, que realzan el aspecto o dimensión «objetiva» de la relación propietaria, relativizando así la vertiente subjetiva del propietario como titular de facultades dominicales, confluyen sin dificultad en el carácter estatutario de la propiedad, que concibe a ésta no ya como un conjunto monolítico y uniforme de facultades predeterminadas por la legislación civil (caracterización cuya vigencia no es impugnabile, pues, como hemos señalado, el derecho de propiedad se define, en cuanto a su estructura, por el poder de uso y disposición del propietario) cuanto por el concreto alcance de los dos vectores que integran su definición, esto es, el goce y el poder de disposición, en la medida en que es el legislador de cada sector o conjunto de bienes quien, como resultado de la disgregación del contenido unitario de la propiedad o pluralidad de estatutos dominicales o propietarios, concreta los términos y modos a que se supedita el lícito ejercicio de las antecitadas facultades de goce y disposición, o, de otra manera, el que establece los contornos, en forma de limitaciones (que acotan el espacio de la propiedad) y de deberes (cumplimiento positivo de quehaceres, o negativo de abstenciones) que definen el «derecho» de propiedad, por contraste con el «no derecho». Contornos que no son otra cosa sino la plasmación, para cada categoría o género de bienes, de la función social llamada a cumplir, según lo establecido en cada caso por la ley, por los diferentes bienes sobre los que puede recaer la propiedad privada (art. 33.1 de la Constitución). De este modo, incumbe al legislador, de conformidad con las concepciones en cada momento vigentes, definir el contenido de cada concreto derecho de propiedad, de suerte que lo relevante en la labor de definición legislativa es, precisamente, el establecimiento de los deberes y limitaciones a cuyo cumplimiento se subordina el lícito ejercicio de las facultades dominicales.

Esta concepción estatutaria del derecho de propiedad es, por lo demás, la traducción del postulado del Estado Social de Derecho, que encomienda a los poderes públicos (el legislador, a la cabeza) la consecución de los cometidos y tareas fijados en la Constitución, en nuestro caso, en el art. 46 del texto constitucional, esto es, la garantía de la conservación y la promoción del enriquecimiento del, desde 1985, llamado Patrimonio Histórico Español. Una concepción que supone la inserción de los bienes históricos en un peculiar estatuto o régimen jurídico, diversificado, a su vez, en atención a la concreta categoría de protección aplicada, mas que no agota los intentos explicativos de la dogmática de los bienes históricos, por cuanto, en última instancia, dicha concepción estatutaria no prescinde, como elemento relevante en su caracterización, del momento subjetivo de la propiedad, esto es, de la concreta titularidad de estos bienes. De ahí que convenga traer a colación la doc-

trina, de origen italiano, de los «bienes culturales», hasta la fecha el intento más acabado de relativización del momento subjetivo en la configuración dogmática de la propiedad histórica.

5. LA TEORÍA DE LOS «BIENES CULTURALES»: LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN FRANCESCHINI Y LA ELABORACIÓN DOGMÁTICA DE M. S. GIANNINI

En efecto, a partir de la conceptualización de los bienes culturales como testimonios materiales dotados de un valor de cultura o de civilización (Declaración Primera de la Comisión FRANCESCHINI), Massimo Severo GIANNINI abordará en 1976 la tarea de construir una noción, dotada de validez jurídica, de «bien cultural», sobre la premisa de que dicha noción se erigiera en aglutinante de las distintas regulaciones que en la legislación italiana habían acometido el tratamiento de los vestigios de la cultura, en particular, de los bienes o cosas de interés histórico-artístico y de las llamadas bellezas naturales, a que se referían sendas Leyes de 1939, y de los bienes documentales o de carácter archivístico, contemplados en un texto de 1963. En esta línea, considerará el autor italiano que determinados bienes ofrecen *naturaliter* una dimensión cultural, en cuanto expresiones del devenir histórico del hombre. Bienes cuya relevancia cultural, por tanto, es independiente de la existencia de una previa declaración administrativa que constate aquel carácter o dimensión cultural, ínsita o inmanente en el propio bien, de modo que el acto administrativo de declaración (o *notifica*, en la jerga del procedimiento administrativo italiano) viene revestido de un valor meramente declarativo y no constitutivo de la referida cualidad. De ahí que la noción jurídica de «bien cultural», en tanto que sintetizadora del carácter jurídico de los testimonios materiales que integran su definición, sea una noción *abierta, histórica* y dependiente de las *valoraciones* técnico-valorativas que en cada momento hayan alcanzado las disciplinas científicas, no jurídicas, que, desde la perspectiva, su objeto formal, que les es propia, están llamadas a pronunciarse acerca del interés o valor que concurre en los vestigios, testimonios o expresiones materiales del pasado, de suerte que el Derecho opera aquí por vía de remisión, integrando, *per relationem*, en las oportunas reglas jurídicas los resultados comunmente admitidos en cada momento histórico por las correspondientes ramas o disciplinas científicas.

Mas, sin duda, y desde una estricta perspectiva jurídica, el aspecto más llamativo de la teorización de GIANNINI sobre los «bienes culturales» estriba en la ya aludida relativización del elemento subjetivo en la caracterización de unos bienes cuyo rasgo distintivo es ser portadores de esta condición o

dimensión cultural. Así, entiende este autor que la titularidad, pública o privada, de estos bienes es indiferente en tanto que bienes culturales. Indiferencia que es más acusada en el caso de los de propiedad privada, pues en éstos es perfectamente deslindable el sustrato o soporte material, sobre el que recaen titularidades de índole privada, del bien cultural en sentido estricto, así concebido como *bien inmaterial*, esto es, la función o dimensión cultural inherente a los mismos, y respecto de la que se predica una titularidad *pública*. Trae aquí a colación GIANNINI la distinción (ya intuita por Victor HUGO, para quien en todo edificio era menester diferenciar su fachada, que correspondía a todos, de su uso, privativo del propietario) entre el dominio eminente y el dominio útil, trasunto de la distinción medieval entre el «*corpus mechanicum*» y el «*corpus mysticum*», y que remite a la teoría de la propiedad dividida, si bien en un sentido diferente al que el pensamiento tradicional le había atribuido, por cuanto la idea de titularidad pública del bien cultural como bien inmaterial halla su gozne en la pretensión de garantizar el acceso del público a la contemplación y disfrute de estos bienes, esto es, la plasmación del aseguramiento de la función cultural que estos bienes están llamados a servir (y que la propia LPHE recoge expresamente: Preámbulo, X).

Caracterización del bien cultural como bien inmaterial y público que, a partir de su formulación por GIANNINI, ha abierto un importante debate en la doctrina, en especial, entre aquellos autores (así, de modo destacado, Bruno CAVALLLO, precisamente con ocasión del homenaje, en 1988, ofrecido a aquél) que han insistido en la relevancia que, en todo caso, ha de atribuirse al elemento, que GIANNINI pretendía relativizar, subjetivo en la caracterización de la propiedad de los bienes históricos o culturales, en la medida, se dice, en que la noción de bien cultural no puede hacer abstracción de la diferente relevancia «pública» que, según la legislación aplicable, tienen los bienes de propiedad privada frente a los de titularidad pública, y que, de alguna manera, vuelve a situar la controversia en los cánones ya clásicos de la concepción estatutaria de la propiedad privada.

6. EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA Y LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

Retengamos, pues, el sentido último de las distintas explicaciones de la propiedad histórica: la vertiente «funcional» de la propiedad histórica o cultural, la vocación cultural de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico Español, cuyo disfrute por los ciudadanos ha de ser asegurado por los poderes públicos a fin de hacer real y efectivo el derecho constitucional de

acceso a la cultura. Esta dimensión cultural, verdadera y propia función social de los bienes históricos, es la que ha plasmado la LPHE, cuando señala que «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» (Preámbulo, X). Y ello en tanto que el Patrimonio Histórico Español «es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal» y cuyo valor viene proporcionado por «la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos», porque «los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos lo han ido revalorizando» (Preámbulo, IX).

Es, por tanto, en cumplimiento del mandato del art. 44, en relación con el 46, del texto constitucional, que consagra el derecho de los ciudadanos de acceder al disfrute de la cultura, como ha de enfocarse el contenido de aquellos preceptos de la LPHE dedicados a hacer posible la contemplación y el disfrute por los ciudadanos de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Preceptos de entre los que debe darse cuenta del art. 13.2, desarrollado por la Disposición adicional cuarta del Reglamento de 10 de enero de 1986, que prescribe el derecho de visita pública de los Bienes de Interés Cultural, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, en las condiciones de gratuidad que reglamentariamente se determinen (gratuidad inexcusable, en todo caso, para las personas que acrediten la nacionalidad española o sean ciudadanos comunitarios europeos); como, asimismo, debe ser consignado el derecho de los investigadores para acceder a su estudio, y que se extiende a los bienes del Inventario General, según lo dispuesto en el art. 26.6 b) LPHE, y a los que integran el Patrimonio Documental y Bibliográfico, a tenor del art. 52.3 LPHE, y que, de algún modo, entronca igualmente con el derecho de acceso a la cultura del art. 44 de la Constitución.

Este derecho de visita pública se configura como un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos, que puede hacerse valer ante la jurisdicción civil, sin necesidad, por tanto, de previa intermediación de la Administración Pública competente. Intermediación que, sin embargo, parece inexcusable cuando pretenda hacerse efectivo por cualquier persona el cumpli-

miento de las prescripciones de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 8.2 LPHE, que consagra en el ámbito del Patrimonio Histórico Español el instrumento de la acción pública o popular para exigir de los órganos administrativos y de los Tribunales del orden contencioso-administrativo el cumplimiento de la legalidad histórica y que, en definitiva, es la traducción procesal del interés de todos los ciudadanos en la preservación de la integridad de este Patrimonio.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INMUEBLES DE INTERÉS CULTURAL

Concepción Barrero Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

Los bienes de interés cultural constituyen una de las muchas categorías de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español (LPHE), no conoce otra categoría posible para la protección de los bienes inmuebles que la declaración de interés cultural; a la vez que reserva al Gobierno de la nación la competencia para la declaración. Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero y la posterior acción normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas han aportado novedades importantes respecto de lo dispuesto en la Ley. En primer término, las derivadas del reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la competencia autonómica para la declaración de bien de interés cultural¹; en segundo lugar, las surgidas de la creación por las Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico de otras categorías diferentes de protección de bienes inmuebles con lo que se rompe el monopolio establecido al respecto en la Ley estatal. De esta forma, y en definitiva, la declaración de bien interés cultural ha quedado reservada a los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico español, en tanto que aquéllos otros que aun contando

¹ Entiende, en efecto, el Tribunal en la citada Sentencia 17/1991, 31 de enero que la atribución que el artículo 9 de la Ley hace al Estado de la competencia para la declaración de bienes de interés cultural solo puede ser considerada conforme a la Constitución si se interpreta como no excluyente de posibles declaraciones efectuadas por las Comunidades Autónomas. «El inciso final del artículo 9.1 (“Declarados de interés cultural mediante Real Decreto de forma individualizada”) no se ajusta, dice la Sentencia, al bloque de la constitucionalidad más que si se entiende referido solamente a aquellos supuestos en que es competente el Estado para la ejecución de la Ley, es decir, los mencionados en el párrafo b) del citado artículo 6»; los bienes «adscritos a los servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional». Fuera de estos supuestos, excepcionales y residuales, desde luego, en el conjunto del Patrimonio Histórico, la competencia para la declaración de bien de interés cultural corresponde a las Comunidades Autónomas. En definitiva, tras el fallo interpretativo del Tribunal Constitucional la competencia para la declaración corresponde a la instancia que lo sea para la aplicación del régimen de protección jurídica.

con un interés digno de preservación no alcancen ese singular valor habrán integrarse en algunas de las categorías propias creadas por las Comunidades Autónomas quedando paralelamente sujetos al régimen específico de tutela que en esas mismas disposiciones se establece².

Las normas de protección de los bienes de interés cultural están establecidas en la LPHE y en las distintas Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico. No debe olvidarse que con carácter general son las Comunidades Autónomas las competentes en relación con el régimen de protección de los bienes que integran dicho Patrimonio a excepción de las competencias reconocidas al Estado por el artículo 149.1.28 de la Constitución para la defensa frente a la exportación ilícita³ y la expoliación⁴. Esta general competencia

² La mayoría de las Comunidades Autónomas han creado categorías de protección de bienes distintas de las establecidas en la Ley del Estado. Así lo han hecho el País vasco en su Ley 7/1990, de 3 de julio (artículos 10 y 16), Andalucía en la Ley 1/1991, de 3 de julio (artículo 6), Cataluña en la Ley 9/1993, de 30 de setiembre (artículo 15) o Galicia en la Ley 8/1995, de 30 de octubre (artículos 8, 17 y 22). Y así lo han hecho, también, las mas recientes Leyes 11/1998, de 13 de octubre del Patrimonio Cultural de Cantabria (artículos 13, 15, 26 y 33), 7/1998, de 12 de noviembre del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares (artículos 5 y 14), 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio cultural aragonés (artículos 12, 13 y 14) y 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio cultural del Principado de Asturias (artículo 9). Una exposición de las distintas categorías existentes puede encontrarse, entre otros, en los estudios de C. LÓPEZ BRAVO (*Los bienes culturales en el Derecho estatal y autonómico de España*, Patrimonio cultural y Derecho, núm. 3, 1999, págs. 11-32) o D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (*El régimen jurídico de protección del Patrimonio Histórico en la legislación autonómica*, publicado en el mismo número de dicha Revista, págs. 33-85). Al fenómeno se ha referido también, en tono mas crítico, F. LÓPEZ RAMÓN (*Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio cultural*, Revista Aragonesa de Administración Pública», núm 15, 1999, págs. 193-217).

Existen, también, Leyes autonómicas que han prescindido de la creación de categorías de protección propias. Es el caso de la temprana Ley 4/1990, de 30 de mayo del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha o de las mas recientes Leyes 4/1998, de 11.VII, del Patrimonio cultural valenciano, 10/1998, de 9.VII, de Patrimonio Histórico de Madrid, 2/1999, de 29 de marzo del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura y 12/2002, de 12 de julio, del Patrimonio Cultural de Castilla y León. Interesa destacar, sin embargo, que, a excepción de la de Castilla-La Mancha, en todas las Leyes citadas se reconoce la posibilidad, inexistente en la Ley del Estado, de que en el Inventario General del Patrimonio Histórico se incluyan bienes inmuebles.

³ El artículo 5 de la LPHE define la exportación como «la salida del territorio español de los bienes que integran el Patrimonio Histórico ...» y el 6 b) declara la competencia de la Administración del Estado «cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita». El mismo artículo 5 exige autorización expresa y previa de esta Administración a los propietarios o poseedores de bienes de más de cien años de antigüedad y a los de bienes inscritos en el Inventario General que quieran proceder a su exportación. El RD 1631/1992, de 29 de diciembre sobre libertad de circulación en la Comunidad Europea sujeta, igualmente, a autorización la exportación de los bienes de interés cultural hasta que se adopten las medidas que garanticen la libre circulación de estos bienes. A la Administración del Estado se confiere, por último, en el artículo 31 de la LPHE el permiso para la salida temporal de España de los bienes muebles sujetos al régimen previsto en el artículo 5.

⁴ La lucha contra la expoliación es, sin duda, la mas controvertida de las competencias estatales sobre el Patrimonio Histórico. Definida en el artículo 4 de la LPHE como «toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes

de las Comunidades Autónomas en la materia no sólo las legitima para la aplicación de las normas de tutela establecidas por el Estado, sino que les otorga, igualmente, una capacidad normativa de desarrollo y complemento del Derecho estatal que ha quedado plasmada en diferentes normas autonómicas.

II. EL RÉGIMEN DE TUTELA DE LOS BIENES INMUEBLES DE INTERÉS CULTURAL

Con carácter general puede afirmarse que la LPHE de 1985 no aporta grandes innovaciones en las técnicas que arbitra al servicio de sus objetivos. Las limitaciones de policía administrativa, el planeamiento urbanístico y el fomento siguen acaparando, como ya venían haciéndolo desde mucho tiempo atrás, la atención del legislador en su regulación de la acción de tutela. Por

que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social», faculta al Estado, en términos del artículo 6 b), para intervenir en defensa «de los bienes que integran el Patrimonio Histórico» a cuyo fin podrá, en cualquier momento, interesar «del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes para evitar la expoliación». «Si se desatendiera el requerimiento, continúa el precepto, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección tanto legal como técnica del bien expoliado».

Ante los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra esta regulación por algunas Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 17/1991, de 31 de enero, señaló «... La utilización del concepto en defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza en cuanto portadores de valores de interés general necesitados ... de ser preservados». Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca.

Cuestión distinta es la posible utilización de este concepto para dar cobertura a medidas concretas que exceden de lo que racionalmente debe integrar la protección de esos bienes en su significado finalista: su función social es determinada por el destino y utilidad que directamente deriva del carácter histórico-artístico propio y no por otro arbitrariamente asignado, aunque sea análogo. Una hipotética invasión competencial no vendría así dada por la utilización en el precepto legal de la expresión «perturbe el cumplimiento de su función social», sino por una aplicación extensiva en cada caso, y es allí donde cabría remediarla. El precepto no resulta pues contrario a la Constitución según el sentido que se indica, y tanto menos cuanto que, en la parte no impugnada, respeta la acción protectora de las Comunidades Autónomas, a las que en primer lugar estimula, para autorizar la actuación de la Administración del Estado sólo en defecto de la de aquellas» (F.º J.º 7.º).

En conclusión, el Estado cuenta con la competencia para garantizar «el sentido finalista de los bienes»; «impedir que se perturbe el cumplimiento de su función social», de donde derivan un conjunto de medidas de imposible concreción *a priori* y cuya legitimidad, en última instancia, habrá de ser juzgada caso por caso. Refrendada la constitucionalidad de la Ley, el RD 64/1994, de 21 de enero, reguló el procedimiento para una eventual intervención del Estado en ejercicio de esta competencia.

su parte, las Leyes autonómicas, y ese puede considerarse su rasgo mas destacado, completan el régimen establecido en la Ley estatal en aquellos aspectos en los que la experiencia en la aplicación de esta norma había evidenciado la existencia de una laguna o, cuanto menos, de una cuestión precisada de aclaración. Su valor se sitúa mas, pues, en el plano del enriquecimiento o desarrollo de instrumentos ya conocidos en el Derecho del Estado que en el de nuevas incorporaciones; Derecho estatal en el que, además, el Legislador autonómico se inspira claramente en su regulación de las categorías propias de protección que crea⁵.

La diferente naturaleza de las medidas de tutela que el Derecho establece puede servirnos para su sistematización.

1. LAS MEDIDAS DE POLICÍA

En el Derecho de los bienes históricos existe un conjunto importante de disposiciones que responden a las tradicionalmente denominadas medidas de policía administrativa; esto es, medidas que se traducen en una limitación de las facultades de uso y disposición de la propiedad cultural.

1.1. Las limitaciones a la facultad de libre disposición

Siguiendo un principio de gran tradición en nuestro ordenamiento⁶ y común, por otra parte, al Derecho de otros muchos Estados, el artículo 38 de la LPHE consagra con carácter general la libre disposición de los bienes históricos por su titular siempre y cuando la operación se desarrolle en el territorio nacional, si bien se reconoce a la Administración un derecho de adquisición preferente, tanteo o en su caso retracto, en los términos establecidos en

⁵ Existe actualmente una amplia bibliografía sobre el régimen jurídico de estos bienes. Por orden cronológico pueden citarse las siguientes monografías, C. BARRERO RODRÍGUEZ (*La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Ed. Civitas-Instituto García Oviedo, 1990); M.R. ALONSO IBÁÑEZ (*El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas-Universidad de Oviedo, 1991); J.M. ALEGRE ÁVILA (*Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. Configuración dogmática de la Propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio*). Ed. Ministerio de Cultura, 1994) y L. ANGUITA VILLANUEVA (*Derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Ed. Dykinson, 2000). En relación concretamente con el régimen de los inmuebles, M.P. BENSUSAN MARTÍN (*La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Ed. Comares, 1996).

⁶ Sobre esta materia en el Derecho anterior a 1985 me remito a la fundamental obra de J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ (*La transmisión de obras arte*. Ed. Revista de Derecho Privado, 1975).

el Capítulo I del Título III del Real Decreto 111/1986, modificado por la norma de igual rango 64/1994, de 21 de enero⁷, de desarrollo de la Ley del Estado y en las diferentes Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico⁸.

El criterio permisivo del Derecho en las transmisiones realizadas en el comercio interior cambia radicalmente cuando la operación pretendida supone la salida del bien del Estado español, posibilidad de la que evidentemente quedan al margen los bienes inmuebles; de ahí que omitamos la exposición de su régimen jurídico⁹.

⁷ El régimen establecido en estas disposiciones puede resumirse en los siguientes términos: a) La imposición —artículo 40 del RD 111/1986— a todos aquellos que traten de enajenar un bien declarado de Interés Cultural, que tenga incoado expediente para su declaración o esté incluido en el Inventario general de un deber de comunicación de la transmisión pretendida; deber del que se exceptúan, apartado 1 bis del mismo precepto en la redacción dada por el RD 64/1994, los inmuebles situados en conjuntos históricos afectados por expedientes de declaración de interés cultural a menos «que reunan las condiciones señaladas en el artículo 61.2 de este Real Decreto»; esto es, «contar con una antigüedad igual o superior a cincuenta años»; y «estar incluido en el Catálogo previsto en el artículo 86 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico como objeto de protección integral en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 16/1985»; b) La notificación deberá realizarse «al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente, aquella en cuyo territorio se encuentre el bien o se haya incoado el correspondiente procedimiento, y al Ministerio de Cultura, declarando el precio y las condiciones en las que se proponga realizar la enajenación», así como su código de identificación o, en su caso, el número de anotación preventiva; c) En el plazo de los dos meses siguientes a la notificación, artículo 38, la Administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas podrán ejercitar el derecho de tanteo para el que tendrá carácter preferente la primera de ellas «siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un museo, archivo o biblioteca de titularidad estatal». Fuera de estos supuestos, y como el propio Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia 17/1991, de 31 de enero, el derecho de tanteo puede ser ejercitado de «forma indistinta por una u otra Administración» aunque no se determina cual ha de considerarse la instancia legitimada en aquellos supuestos en los que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma deseen hacer uso del mismo. Las operaciones realizadas sin el cumplimiento de estos requisitos legitiman a la Administración para ejercitar, en los mismos términos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento de la transmisión, el derecho de retracto.

⁸ De la regulación efectuada por las normas autonómicas en esta materia cabe destacar el reconocimiento de este derecho a los Municipios y la determinación del procedimiento para su ejercicio. Vid. artículos 38 de artículos 25 de la Ley del País Vasco, 18 de la Ley de Andalucía, 26 de la Ley de Cataluña, 27 de la Ley de Galicia, 22 de la Ley del Patrimonio Cultural valenciano, 20 de la Ley del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, 43 de la Ley de Cantabria, 32 de la de las Islas Baleares, 40 de la Ley del Patrimonio cultural aragonés, 50 de la Ley de Canarias, 45 de la Ley del Principado de Asturias y 26 de la Ley del Patrimonio Cultural de Castilla y León.

⁹ Cabe, no obstante, indicar que las reglas establecidas en la LPHE se han visto profundamente afectadas por el principio de libre circulación en la Comunidad Europea. Para un estudio de la materia me remito a F. LÓPEZ RAMÓN (*La movilidad del Patrimonio Histórico Español en la Comunidad Europea*, REDA núm. 75, 1992, págs. 359 y ss.), L. MARTÍN REBOLLO (*Bienes culturales y Comunidad Europea. La Legislación española del Patrimonio Histórico y el mercado interior: la normativa comunitaria sobre exportación y tráfico de los bienes culturales*, Beni culturali e Comunità Europea. Ed Giuffrè Editore, 1994, págs. 37 y ss.), así como a la reciente monografía de J.M. MAGAN PERALES (*La circulación ilícita de bienes culturales*, Ed. Lex nova, 2001).

1.2. Las limitaciones a la facultad de goce

Se vertebran en torno a esta segunda facultad del derecho de propiedad un conjunto de medidas de larga historia en nuestro Derecho y en las que aún sigue descansando buena parte de la Ley para la consecución de sus objetivos. En su estudio puede diferenciarse entre las medidas que se traducen en la imposición de deberes positivos de actuación al titular del bien; las que expresan prohibiciones y, por último, las que supeditan el ejercicio de las facultades dominicales a un previo control por la Administración.

a) *Los deberes positivos de actuación*

Dos deberes de diferente contenido se imponen con este carácter al titular de los bienes: el de conservación y el de permitir el acceso a estos bienes bajo ciertas condiciones.

— El deber de conservación: La ruina de edificios históricos.

El artículo 36.1 de la LPHE consagra este deber de conservación en los siguientes términos: «Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes», deber que reproducen, en términos mas o menos similares, todas las Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico¹⁰. Se trata de un deber configurado en términos genéricos y a partir de conceptos jurídicos indeterminados. Es claro, no obstante, que en él se expresa la obligación impuesta a los titulares de bienes históricos de su mantenimiento en aquel estado que, en cada caso, exija la adecuada custodia de su valor cultural; de ahí que juegue en un doble sentido: exigiéndoles cuantas actuaciones concretas sean necesarias para su correcta preservación, al tiempo que impidiéndoles aquellas otras que, de alguna manera, pudieran ponerla en peligro. En definitiva, la medida establecida en el artículo 36.1 de la LPHE y en los concordantes de las Leyes autonómicas se traduce en el deber positivo de los titulares de los bienes de custodiarlos y mantenerlos en las condiciones que garanticen su valor cultural, de donde derivan un conjunto de obligaciones de imposible concreción *a priori*¹¹.

¹⁰ Leyes de Castilla-La Mancha (artículo 5.2), Andalucía (artículo 15.1), País Vasco (artículo 20.1), Cataluña (artículo 21), Galicia (artículo 25), Valencia (artículo 5), Aragón (artículo 6), Madrid (artículo 18), Cantabria (artículo 39), Islas Baleares (artículo 26), Canarias (artículo 4), Extremadura (artículo 22.2), Principado de Asturias (artículo 28) y Castilla-León (artículo 24.1).

¹¹ La Ley del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid ha definido expresamente en su artículo 18 el deber de conservación en los siguientes términos: «este deber básico comporta

El artículo 36 de la LPHE prevé, en garantía del correcto cumplimiento de la obligación que impone, la posibilidad de que la Administración realice directamente «las obras necesarias si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes», al tiempo que establece, con la misma finalidad, un conjunto de medidas heterogéneas como son la concesión por la propia Administración de ayudas «con el carácter de anticipo reintegrable» o, incluso, el acuerdo de expropiación «ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas». Este conjunto de medidas se completa, en algunos casos, por los Derechos autonómicos que reconocen, por ejemplo, la posibilidad de que los destinatarios de las órdenes de ejecución se liberen de la carga impuesta siempre que el coste o previsión de las obras sea superior al 50% del valor total del bien ¹², imponen al titular del bien un deber de información sobre su estado, o reconocen a la Administración una amplia potestad para su examen ¹³; Administración que, a veces, queda, también, facultada para la imposición de multas coercitivas en las situaciones de desobediencia ante las órdenes de actuación ¹⁴. Sin dudar de la bondad de estas medidas sí que pueden, en cambio, plantearse reservas respecto de su eficacia última si no van acompañadas de la paralela disponibilidad por la Administración de aquellos fondos de los que viene, en última instancia, a depender su correcta aplicación. El que voluntariamente no ha realizado las actuaciones de conservación necesarias, es difícil pensar que vaya a anticipar el importe de una eventual ejecución subsidiaria como dispone la Ley de Andalucía ¹⁵ o que vaya a actuar compelido por la imposición de multas coercitivas. No caben pues realizar objeciones de fondo a la regulación legal; sí importa, sin embargo, resaltar la insuficiencia, por sí solas, de estas medidas desde el punto de vista de la conservación. En éste, como en tantos otros aspectos del Patrimonio Histórico, el éxito de la protección no es resultado sólo de la mejor o peor regulación jurídica o del mayor o menor celo de la Administración a la hora de su cumplimiento, sino que es también consecuencia, en muy buena medida, de consideraciones de naturaleza puramente económica. El Derecho mas reciente, puede afirmarse en definitiva, ha avanzado considerablemente en la definición del deber de conservación de los bienes históricos, aunque sigue sin encontrar respuesta satisfactoria a la gran cuestión pendiente de la financiación.

salvaguardar la integridad del bien y no destinarlo en ningún caso a uso y actividades que pongan en peligro la pervivencia de los valores que hacen de él un bien cultural».

¹² Artículo 16.2 de la Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía.

¹³ Vid. artículos 21.2 de la Ley del Patrimonio Histórico de Cataluña, 18.4 de la Ley de la Comunidad de Madrid y 39.2 de la Ley cántabra.

¹⁴ Por ejemplo, en las Leyes del Patrimonio Histórico de Andalucía (artículo 17), Islas Baleares (artículo 30), Extremadura (artículo 23) y Principado de Asturias (artículo 30).

¹⁵ Artículo 17.2.

Interesa señalar también que este deber específico de conservación de los bienes históricos se superpone, además, al general de conservación establecido en la Legislación urbanística para añadir un plus de protección fundado en el principio, hoy de rango constitucional, de conservación y promoción «del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran». Son, por consiguiente, dos deberes jurídicamente autónomos. Una cosa es, en efecto, cuidar de las edificaciones por motivos de seguridad, salubridad y ornato público y otra el hacerlo por razones de conservación del valor cultural aunque haya de reconocerse que, en la práctica, uno y otro se encuentran íntimamente vinculados en cuanto que el segundo tiene como presupuesto lógico la realización del primero. Difícilmente podrá velarse por el mantenimiento del valor cultural de una construcción si ésta no reúne las adecuadas condiciones de seguridad y salubridad ¹⁶.

El límite del deber de conservación establecido en el Derecho sobre los bienes históricos y que alcanza a «propietarios», «titulares de derechos» y «poseedores» se sitúa, en principio, en la ruina, tema particularmente conflictivo en el ámbito de estos bienes. Para su correcta exposición, aún sucinta, resulta útil recordar la importante jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la Ley del Patrimonio Histórico-artístico de 13 de mayo de 1933 y de la que, en buena medida, es tributaria la regulación vigente. La Ley de 1933 no contenía disposiciones específicas sobre la ruina de inmuebles de interés histórico-artístico. Se situó en el planteamiento erróneo de considerar que si los titulares de bienes históricos tenían el deber de conservar y la Administración la paralela obligación de velar por su cumplimiento, la ruina era una hipótesis imposible. La realidad, sin embargo, tuvo ocasión de mostrar la situación de ruina, no desgraciadamente infrecuente, en la que desembocaban numerosos inmuebles históricos por la desidia, cuando no el deseo expreso de sus propietarios, e incluso, en no pocos casos, por la pasividad de la propia Administración. Ante la laguna de la Ley la solución a estos casos llegaría de la mano de la jurisprudencia y por la vía de una ruptura de la ecuación «ruina-demolición» característica de la Legislación urbanística. El Tribunal Supremo vino a defender, en síntesis, que el derribo de un edificio histórico

¹⁶ Ha de destacarse, no obstante, que, en la actualidad, nuestro Derecho no dispone de mecanismos de coordinación entre las posibles órdenes dadas por las Administraciones Públicas al propietario en garantía de uno y otro deber. En cualquier caso, ha de quedar claro, en estricta aplicación de la legalidad vigente tanto a nivel estatal como autonómico, que la intervención, por razones de conservación, acordada por un Municipio sobre un bien histórico ha de contar con la preceptiva autorización de la Administración autonómica, a menos que se encuentre debidamente aprobado el planeamiento de protección y el bien afectado carezca de la calificación de monumento y esté fuera del entorno; de la misma forma en la que las actuaciones acordadas, por razones igualmente de conservación, por esta última Administración, por la de Cultura, requerirán, en el común de los casos, de la preceptiva licencia municipal.

declarado en ruina precisa de autorización de la Administración de Cultura. Ahora bien, a partir del momento de esa declaración cesa el deber de conservación del propietario de tal forma que el eventual mantenimiento de la edificación por «apreciaciones de valor artístico» o «consideraciones históricas», en clásicas expresiones jurisprudenciales, hace recaer sobre la colectividad y, en definitiva, sobre la Administración, el coste económico que ello comporta ¹⁷.

Directamente inspirado en esa doctrina jurisprudencial, el artículo 24.2 de la LPHE regula la ruina de edificios históricos en los siguientes términos: «En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble, sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin el informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3». Esto es, la ruina es una circunstancia en la que no influye la naturaleza histórica del edificio; condición que despliega sus efectos en el momento posterior de la demolición que habrá de ser autorizada por la Administración en atención exclusivamente al valor cultural de la construcción afectada. La LPHE guarda, sin embargo, silencio respecto del otro gran elemento vertebrador de la jurisprudencia consolidada en la materia: el que proclama que la declaración de ruina exime al propietario de la obligación de conservar, por lo que una posterior resolución administrativa contraria a la destrucción del edificio haría recaer en la colectividad la carga de su mantenimiento. El principio, sin embargo, ha de continuar dándose por bueno pues es el que corresponde en aplicación de las Leyes urbanísticas vigentes, además de contar con el firme respaldo de una jurisprudencia que sigue manteniendo, en aplicación del nuevo orden jurídico, la misma doctrina establecida bajo la vigencia de la Ley de 1933.

Las Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico ofrecen regulaciones en este punto con significativas diferencias entre ellas. Si la de Andalucía, entre otras, reproduce sustancialmente el régimen previsto en la norma estatal ¹⁸, existen otras que, al menos en determinadas ocasiones, desplazan sobre el propietario del edificio histórico en ruina la carga de su conservación. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 8/1995, de 30 de octubre del Patrimonio Histórico de Galicia que en su artículo 41 establece que si el propietario ha incumplido las órdenes dadas por la Administración «para el mantenimiento de las características y elementos singulares del edificio», él deberá devolverlo «a

¹⁷ Vid., por todas, la STS de 12 de mayo de 1978 (RJ 2974) con la que se inicia una jurisprudencia absolutamente consolidada en años posteriores.

¹⁸ Vid. artículo 36.

su primigenio estado»¹⁹, solución posteriormente acogida por el artículo 35.4 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura²⁰ y por el 40.2 de la Ley 12/2002, de 11 de julio del Patrimonio Cultural de Castilla y León²¹. En términos mas drásticos, la Ley 10/1998, de 9 de julio de la Comunidad de Madrid afirma en su artículo 26, al igual que el 36 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, del País vasco, que el deber de conservación «no cesará con la declaración de ruina», regla completada por su posterior Ley del suelo²². Es más, la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Comunidad de Valencia llega a declarar en su artículo 40.1, que en los casos de ruina de inmuebles históricos no es aplicable «el límite del deber normal de conservación que establece la legislación urbanística»²³, solución que subyace en otras disposiciones como la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Cantabria al establecer en su artículo 58.2 que «la declaración de ruina implica el derecho, para aquellos sobre quienes recaen cargas de conservación, a acceder a las ayudas económicas públicas que se convoquen para este fin, siempre que reunan los requisitos necesarios». En otros casos, como los de Castilla-La Mancha²⁴ o Aragón²⁵, la regla específica se encuentra no en su

¹⁹ A este régimen se remite expresamente y sin mayor precisión la posterior Ley de urbanismo de la Comunidad Autónoma, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo (artículo 171).

²⁰ Esta regla ha de completarse, como en otras Comunidades Autónomas, con lo establecido en su Ley urbanística; concretamente en la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de suelo y ordenación territorial que en su artículo 166.1 determina que las obras en bienes de interés cultural impuestas por la Administración y que excedan del límite del deber de conservación deberán ser financiadas con cargo a los fondos de la Entidad que las ordene.

²¹ Establece concretamente el precepto que «la situación de ruina producida por incumplimiento de los deberes de conservación establecidos en esta Ley conllevará la reposición, a cargo del titular de la propiedad, del bien a su estado primigenio».

²² La Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid en su artículo 171.3 c) establece que la declaración legal de ruina «constituirá al propietario en la obligación: a) De proceder, a su elección, a la completa rehabilitación o a la demolición, cuanto se trate de una construcción o edificación no catalogada, ni protegida, ni sujeta a procedimiento alguno dirigido a la catalogación o al establecimiento de un régimen de protección integral; b) De adoptar las medidas urgentes y realizar los trabajos y las obras necesarios para mantener y, en su caso, recuperar la estabilidad y la seguridad, en los restantes supuestos. En este caso, la Administración podrá convenir con el propietario los términos de la rehabilitación definitiva. De no alcanzarse acuerdo, la Administración podrá optar entre ordenar las obras de rehabilitación necesarias, con otorgamiento simultáneo de ayuda económica adecuada, o proceder a la sustitución del propietario incumplidor aplicando la ejecución forzosa en los términos dispuestos por esta Ley».

²³ Concretamente en el artículo 88 de su Ley 6/1994, de 15 de noviembre reguladora de la actividad urbanística.

²⁴ La Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de esta Comunidad Autónoma establece en su artículo 139.3 B una regla idéntica a la recogida posteriormente por la Ley de Madrid y que ya ha sido expuesta.

²⁵ El artículo 192.1 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística establece que antes de declararse la ruina, «el Ayuntamiento podrá adoptar la resolución de alterar el estado físico del inmueble, iniciando en un plazo de seis meses las necesarias obras de conservación, hasta eliminar el estado de ruina y todos los posibles efectos derivados del mismo. Cuando el Municipio, señala

Ley de Patrimonio Histórico sino en la norma urbanística²⁶. En definitiva, el Derecho autonómico ofrece soluciones diferentes. En algunos casos nada dicen sus Leyes sobre quien haya de conservar tras una declaración de ruina; en otros no se duda expresamente en imponer esa carga al propietario excluyendo así la regla propia del orden urbanístico; las mas de las veces se opta por una solución, en cierto modo intermedia, que liga el deber de conservación del propietario al previo incumplimiento por su parte de las obligaciones establecidas en la Ley.

En verdad, nos encontramos ante un tema complejo y precisado de aclaración. A la disparidad de criterios legales, se unen posiciones doctrinales diversas, aunque sean mayoría los autores que abogan por un reparto del deber de conservación entre el propietario y la Administración²⁷, y una jurisprudencia que, manteniendo su tradicional posición, sigue considerando que ruina y deber de conservación del titular son circunstancias incompatibles. En cualquier caso hay que ser conscientes de que la conservación de edificios históricos en ruina no se resuelve con la sola imposición legal al propietario del deber de conservar y el atento cumplimiento de la norma por la Administración cuando la realidad muestra la incapacidad de muchos de esos propietarios para hacer frente al cumplimiento de ese deber; idea de la que se ha hecho eco el propio Tribunal Supremo al decir que «no es posible exigir a un ciudadano un sacrificio tan extraordinario

el párrafo segundo del mismo precepto, «opte por alterar el estado físico del inmueble, el propietario deberá sufragar el importe de las obras correspondientes a la mitad del valor de las edificaciones, excluido el suelo». Por su parte, y en aplicación de lo dispuesto en la Ley del Patrimonio Histórico de la Comunidad Autónoma, las obras que hayan de ser financiadas por los Municipios contarán con la colaboración de la Comunidad Autónoma (artículo 38.2).

²⁶ Las Leyes de Urbanismo de otras Comunidades Autónomas también contienen disposiciones específicas al respecto. Así si la Ley del Patrimonio Histórico de Cataluña de 1993 no se pronuncia sobre quien haya de conservar tras la declaración de ruina, el artículo 190 de su Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo excluye la posibilidad de elección que con carácter general concede al propietario entre derribar el edificio o conservarlo remitiendo «a la Administración competente la determinación de los efectos de la declaración de ruina, sin perjuicio de la obligación de los propietarios de adoptar las medidas urgentes e imprescindibles para mantenerlos en condiciones de seguridad». En otros casos, como el de la Ley 2/2001, de 25 de junio de Ordenación del territorio y régimen urbanístico del suelo de Cantabria (artículo 202.5), la norma urbanística se limita a una expresa remisión a la Ley del Patrimonio Histórico.

²⁷ La doctrina mas reciente parece inclinarse, en efecto, por esta solución. Me remito al respecto a las consideraciones efectuadas por M.J. GARCÍA GARCÍA que, en el sentido ya apuntado por J. GARCÍA BELLIDO y M.R. ALONSO IBÁÑEZ, ha defendido la conveniencia de un reparto del deber de conservación entre el propietario y la Administración una vez producida la declaración de ruina del inmueble, aunque reconoce, no obstante, las dificultades existentes para la fijación de este reparto y, sobre todo, que no es éste el criterio defendido por la jurisprudencia que aboga claramente por el cese, a partir de ese momento, del deber de conservación del propietario (*La conservación de los Inmuebles Históricos a través de Técnicas urbanísticas y Rehabilitadoras*. Urbanismo y Edificación, Aranzadi, 2000, págs. 110-114).

que roce en lo imposible, cuando la propia Administración Municipal le ha reconocido la imposibilidad de efectuar la conservación por falta absoluta de medios»²⁸.

— La obligación de permitir el acceso ciudadano.

Los propietarios de bienes culturales vienen obligados por disposición del artículo 13.2 de la LPHE a permitir su «visita pública en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados», previsiones que se reiteran en la mayoría de las Leyes Autonómicas²⁹. La Disposición Adicional 4.º del RD 111/1986 regula el derecho de acceso en los siguientes términos: a) es un derecho que solo se reconoce a las personas que acrediten la nacionalidad española; b) la visita comprenderá la contemplación de tales bienes a excepción de aquellos lugares o dependencias que no tengan la condición de cultural; c) su reproducción fotográfica o dibujada quedará sujeta a lo que determine el órgano competente para la protección del bien, salvando, en todo caso, los eventuales derechos de propiedad intelectual; d) el horario de visitas será el acordado por la Administración competente, debiendo dejarse constancia de él, en el caso de inmuebles, en un lugar visible que sea compatible además con su preservación; y e) el cumplimiento de esta obligación podrá ser dispensado por la Administración cuando en atención a las circunstancias concurrentes en el caso entienda que exista causa justificada para ello³⁰.

²⁸ Sentencia de 11 de octubre de 2000, RJ 9128.

²⁹ Constituye éste, sin duda, uno de los aspectos de la regulación estatal menos desarrollado por el ordenamiento autonómico. De hecho, Leyes como la de Andalucía guarda absoluto silencio al respecto. Lo normal, sin embargo, es que se limiten a reiterar lo ya dispuesto en el artículo 13.2 de la LPHE y su reglamento de desarrollo. Así lo hacen las Leyes de Cataluña (artículo 30), Galicia (artículo 26.3), Aragón (artículo 33.1), Islas Baleares (artículo 34.1 c), Canarias (artículo 28 1 c) y Castilla-León (artículo 25.2). Otras disposiciones como la de Valencia (artículo 32.1) o Canarias (artículo 28 1 c) completan ese régimen con la previsión de ayudas públicas para el cumplimiento de esta obligación. La Ley de la Comunidad de Madrid se aparta, sin embargo, ligeramente de lo establecido con carácter general al determinar en su artículo 19.2 que la visita pública ha de producirse necesariamente «al menos una vez a la semana». También lo hacen las Leyes de Cantabria o Extremadura aunque con previsiones mucho mas genéricas. En el artículo 42.5 de la primera se señala que las visitas públicas «serán gratuitas durante varios días al año» en tanto que el 24.3 de la segunda se limita a una pura y simple remisión a un futuro reglamento.

³⁰ En el caso de los bienes muebles este régimen se completa con la previsión establecida por la Disposición Adicional 9.1 de la LPHE, incluida por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, que prevé la cesión temporal o definitiva de los bienes a Museos, Bibliotecas o Archivos, pudiendo el Estado comprometerse en tales casos a indemnizar la «destrucción, pérdida, sustracción o daños» que las obras puedan sufrir.

El procedimiento y requisitos para hacer efectiva esa indemnización ha sido objeto de desarrollo por el RD 1680/1991, de 15 de noviembre.

Nos encontramos, en suma, ante un deber de extraordinaria trascendencia aunque de difícil articulación dada su obligada armonización con la protección de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar³¹. La propia Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece en su artículo 8.7 que «no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Ante diferentes valores en apariencia contradictorios, la respuesta no puede venir dada sino desde su adecuada ponderación, labor que corresponde realizar al propio ordenamiento jurídico. Sin negar el valor de las disposiciones dictadas hasta la fecha, parece clara la necesidad de seguir avanzando en la garantía efectiva de este derecho tanto en el plano normativo como en el de la efectiva aplicación del régimen establecido.

b) Las prohibiciones

Este tipo de limitaciones a la propiedad privada cultural es hoy excepcional. La LPHE y la normativa autonómica se han decantado abiertamente por un sistema de prohibiciones relativas. Solo dos medidas poseen este carácter en la LPHE: la ya analizada relativa a la exportación y la que prohíbe la publicidad comercial e instalación de otros elementos en determinados bienes históricos.

«Queda prohibida, afirma el artículo 19.3, la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines históricos y en las fachadas y cubiertas de monumentos declarados de interés cultural». En el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la Ley, añade la Disposición Transitoria Séptima, «los responsables de la instalación deberán retirar la publicidad comercial, así como los cables y conducciones a que se refiere el artículo 19.3»³². La

³¹ Con claridad lo expresa el artículo 24.3 de la Ley del Patrimonio cultural vasco: «Los bienes culturales calificados deberán ser sometidos a visita pública en las condiciones que reglamentariamente se determinen ... Quedarán eximidos de la obligación de visita los bienes culturales y zonas o elementos de los mismos cuando sus titulares o poseedores legítimos aleguen causa justificada fundamentada en el derecho a la intimidad, honor y otros derechos fundamentales y libertades públicas ...». En el mismo sentido se manifiesta la más reciente Ley de Valencia (artículo 32.1).

³² La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990 (RJ 2260) aborda el problema de quién ha de correr con los gastos derivados de la decisión administrativa de imposición a las Compañías eléctricas de modificaciones en el tendido de sus redes.

prohibición afecta, pues, a dos tipos de actuaciones concretas: la colocación de cables, antenas y conducciones y la publicidad comercial en los bienes individualmente declarados de interés cultural. El emplazamiento en los monumentos o su entorno de «cualquier clase de rótulo, señal o símbolo» sin ese fin publicitario constituye una actuación sujeta a autorización administrativa al igual que la instalación de cualquier elemento en los conjuntos históricos ³³.

Las Leyes autonómicas no ofrecen un criterio uniforme en esta materia. Así las normas de Cataluña, Galicia, Valencia, Madrid o Castilla y León ³⁴ mantienen la prohibición en los mismos términos establecidos en la Ley del Estado, en tanto que disposiciones como las de Cantabria, Islas Baleares o Extremadura permiten en ciertos casos y previa autorización administrativa la colocación de determinados elementos en los bienes individualmente declarados ³⁵.

c) Prohibiciones de carácter relativo. La autorización administrativa

Se anudan en torno a estas prohibiciones —determinación de conductas prohibidas en tanto no se otorgue la correspondiente autorización administrativa— el conjunto de medidas más importantes del Derecho del Patrimonio Histórico. La LPHE, de la misma forma que sus predecesoras, las normas de 1926 y 1933, hace de la autorización administrativa el centro de su acción protectora.

La autorización administrativa en el Derecho de los bienes históricos ha suscitado tradicionalmente dos grandes cuestiones: la delimitación de sus presupuestos de hecho y la determinación del procedimiento para su otorgamiento.

A pesar de su falta de sistematización y, en no pocos supuestos, de precisión terminológica, puede afirmarse que el Derecho de los bienes históricos sujeta con carácter general a autorización administrativa las obras y cambios de uso del bien histórico, supuestos a los que se añaden una serie de actuaciones singulares en atención a su naturaleza.

³³ Con el establecimiento de este régimen, la Ley rectifica, de forma acertada a mi juicio, la regla, de casi nula aplicación por otra parte, prevista en el Derecho anterior en donde una interpretación conjunta de los artículos 33 y 34 de la Ley de 13 de mayo de 1933 llevaba a entender de aplicación en todo el conjunto histórico la prohibición de publicidad que para los monumentos establecía el segundo de esos preceptos.

³⁴ Vid., respectivamente, sus artículos 35 f), 39.2, 38 e), 32.1 f) y 41.

³⁵ Vid., respectivamente, los artículos 53.1 g), y 31 de dichas Leyes.

En efecto, con carácter general quedan sometidas a autorización administrativa según dispone la LPHE³⁶ en una regla posteriormente reiterada por todas las Leyes autonómicas³⁷, todas las obras, interiores o exteriores, que afecten directamente a un inmueble declarado Monumento o a cualquiera de sus partes integrantes, a un Jardín histórico o su entorno o a algunos de los inmuebles ubicados en un Conjunto, Sitio histórico o Zona arqueológica³⁸. De igual forma se somete a autorización administrativa cualquier cambio en la utilización de los bienes para que, como dice el artículo 36 de la LPHE, «no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación», regla que también se prevé en el Derecho autonómico aunque en términos, a veces, mas flexibles que los establecidos en la norma estatal. Así mientras las Leyes del País vasco, Andalucía o Castilla y León reproducen lo dispuesto en la norma del Estado³⁹, las Leyes de Cataluña o Galicia dejan reducido ese control a los cambios de uso que afecten a monumentos y no, por consiguiente, a cualquier bien del Patrimonio Histórico⁴⁰. La Ley del Principado de Asturias, por último, parece presumir el buen uso que impone facultando a su Administración, en caso de que detecte una utilización inadecuada, para ordenar a los titulares de los bienes «que cesen o rectifiquen dicho uso u opten por un aprovechamiento alternativo»⁴¹.

Este principio general de necesaria autorización administrativa quiebra, no obstante, en una serie de supuestos importantes que serán expuestos en el análisis del planeamiento de protección al que se encuentran íntimamente ligados.

Las Leyes de Patrimonio Histórico sujetan también a autorización administrativa otra serie de actuaciones sobre los bienes que lo integran. Concretamente la colocación de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo en los

³⁶ Artículos 19, 20.3 y 22.

³⁷ Así las Leyes del País Vasco (artículo 29), Andalucía (artículo 33), Cataluña (artículo 34), Galicia (artículo 37), Valencia (artículo 35), Aragón (artículo 35.2), Cantabria (artículos 55 y 64), Islas Baleares (artículo 37), Canarias (artículo 33), Extremadura (artículo 31) y Principado de Asturias (artículo 50).

³⁸ Interesa destacar la necesidad de una interpretación extensiva de la expresión «obras» a fin de hacerla comprensiva de cualquier actuación sobre el bien que incida en su estructura o en algunos de sus elementos, interpretación avalada por los propios debates parlamentarios de la Ley (Vid. Informe de la Ponencia, BOCG de 11 de febrero de 1985) y especialmente importante en el caso de los Jardines históricos. Su propia definición como «espacio ordenado producto de la delimitación por el hombre de elementos naturales a veces completado con estructuras de fábrica...» los hace susceptibles de una serie de operaciones —cambio en la disposición de especies arbóreas, introducción de algún nuevo elemento ...— que de no entenderse incluidas en tal concepto quedarían fuera del control de la Administración de Cultura.

³⁹ Vid. respectivamente sus artículos 29.2, 33.1 y 32.2. Esta misma regla figura en las posteriores Leyes de Valencia (artículo 36.2), Islas Baleares (artículo 40) y Canarias (artículo 54.1).

⁴⁰ Artículos 36 y 43 respectivamente. La Ley de Cantabria amplía la exigencia de autorización a los inmuebles situados en el entorno de un monumento (artículo 61.1 b) al igual que la de Extremadura (artículo 379).

⁴¹ Vid. artículo 33.

Monumentos y Jardines históricos de carácter no publicitario, así como los de esta naturaleza en los conjuntos históricos⁴²; el desplazamiento o remoción, en términos del artículo 18 de la LPHE, del bien histórico «salvo que resulte imprescindible por causas de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9.1», supuesto que plantea problemas importantes en su interpretación⁴³ y que las Leyes autonómicas, si acaso, se han limitado a reiterar⁴⁴; y, por último, la que constituye, sin duda, la más importante de las actuaciones sobre un bien histórico, su restauración. El artículo 19 de la LPHE, fielmente seguido y, en ocasiones, completado, por las Leyes autonómicas⁴⁵, regula estas operaciones determinando los fines que han de inspirarlas: «la conservación, consolidación y mejora» de los bienes; los criterios que deben presidirlas: prohibición de las reconstrucciones salvo cuando se utilicen partes originales de los bienes y «pueda probarse su autenticidad», necesario reconocimiento de los materiales que deban añadirse al bien objeto de restauración «por ser indispensables para su estabilidad o mantenimiento», «respeto a las aportaciones de todas las épocas existentes» y carácter excepcional de la retirada de elementos, solo posibles cuando los que traten «de

⁴² Artículo 19 de la LPHE. Las Leyes autonómicas se pronuncian sobre esta cuestión en los artículos relativos a los criterios de intervención que se reseñan más adelante (nota 45).

⁴³ Así es. La norma, cuyo sentido y razón de ser no admiten objeción alguna, plantea dudas importantes tanto en lo que se refiere a la acción contemplada: «desplazamiento o remoción», como a las causas que eventualmente pueden legitimar una operación de esa naturaleza: la fuerza mayor o el interés social. Aceptando que los términos legales son confusos —desplazamiento y remoción en su significado gramatical parecen aludir a una misma operación: «el traslado», «la mudanza» del bien de un lugar a otro— quizá pueda entenderse que la primera de esas operaciones supone el cambio del bien de un lugar a otro, mientras que la remoción vendría a aludir a una acción de transformación en un bien que permanece en su originaria ubicación. En relación, en segundo lugar, a la fuerza mayor o al interés social como circunstancias legitimadoras de eventuales operaciones de esta naturaleza, cabe afirmar, a pesar, de nuevo, de su indeterminación, que en la noción de fuerza mayor pueden entenderse comprendidos todos aquellos supuestos en los que con independencia de las circunstancias que la hayan provocado, se produce una situación de peligro para el bien que haría lícitas las que, en principio, constituyen actuaciones prohibidas, en tanto que el «interés social» englobaría la satisfacción de necesidades colectivas cuya consecución exige del traslado del bien siempre y cuando, claro es, queden debidamente garantizados los valores culturales que fundamentan la norma.

El procedimiento exigido para la constatación del supuesto de hecho establecido en la norma no es el general para el otorgamiento de licencias, sino el más riguroso de declaración de bienes de interés cultural. Desde luego no puede dudarse de su loable intención garantizadora del acierto de la decisión administrativa, si bien presenta el inconveniente de su necesaria tardanza, especialmente llamativa si se tiene en cuenta que uno de los supuestos que legitima la aplicación de la norma es precisamente la «fuerza mayor».

⁴⁴ Es el caso de las Leyes de Cataluña (artículo 37), Galicia (artículo 36), Aragón (artículo 35.1), Cantabria (artículo 54), Islas Baleares (artículo 35) y Extremadura (artículo 29). La más reciente de todas las Leyes de Patrimonio Histórico, la de Castilla y León se remite expresamente en este punto a la Legislación estatal (artículo 35).

⁴⁵ Vid., artículos 35 de la Ley de Cataluña, 39 de la gallega, 38 de la Ley de Valencia, 34 de la de Aragón, 32 de la de Madrid, 47 y 53 de la norma cántabra, 41 de la Ley de las Islas Baleares, 57 de la canaria, 33 de la extremeña, 57 de la Ley del Principado de Asturias y 38 de la Ley de Castilla y León.

suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación sea necesaria para permitir su mejor interpretación histórica»⁴⁶. El precepto ha sido, además, objeto de detallado examen, en términos a los que me remito, por el Tribunal Supremo en sus importantes Sentencias de 16 de octubre de 2000 recaída en el litigio suscitado por la intervención acordada en el Teatro romano de Sagunto⁴⁷ y en la de 18 de diciembre de 2002*, en la que se declara la conformidad a derecho de determinadas actuaciones acordadas por el Gobierno en ejecución de los Proyectos de «ampliación y rehabilitación del Buen Retiro en Madrid» y «actuaciones en el claustro y patio del atrio, adyacentes a la Iglesia de San Jerónimo el Real de Madrid» para la ampliación del Museo del Prado.

Finalmente ha de señalarse que la Legislación vigente, fundamentalmente la autonómica, ha resuelto buena parte de los tradicionales problemas que suscitaba el procedimiento para el otorgamiento de estas autorizaciones al insertarlas en el específico de obtención de la licencia municipal de obras necesaria para esas mismas actuaciones⁴⁸.

2. EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La importancia del urbanismo y de sus técnicas en la conservación del Patrimonio cultural inmobiliario es clara. Desde el momento mismo en el que

⁴⁶ Con esta regulación nuestro ordenamiento da respuesta al siempre controvertido asunto de los criterios que deben regir las labores de restauración del Patrimonio Histórico, asumiendo una postura que podría calificarse de ecléctica o de síntesis entre aquellas dos grandes corrientes históricas, defensora, la una, de un respeto a ultranzas al estado en el que el bien ha llegado hasta nosotros, en tanto que partidaria, la otra, de una decidida intervención sobre el mismo. «Dejar que los edificios mueran dignamente» o «no tocar sus piedras ni esparcir sus restos» resumen, en palabras de su más señero representante, RUSQUIN, los postulados fundamentales de esa primera gran teoría en torno a la restauración; a VIOLLET-LE-DUC se deben, en el extremo opuesto, expresiones igualmente gráficas de la que podría calificarse como tesis interventora: «Devolver al edificio el estado que pudo haber tenido» o «un estado que nunca llegó a tener». Vid. al respecto, y a título puramente ilustrativo entre la extensa bibliografía existente al respecto, las obras de S. Díez-BERRIO FERNÁNDEZ (*Conservación de monumentos y zonas monumentales*, Mexico 1976) y A. CAPITEL (*Metamorfosis de los monumentos y teorías de la restauración*, Ed. Alianza Forma 1988).

⁴⁷ Una síntesis del contenido de esa Sentencia y comentario a la misma puede encontrarse en C. BARRERO RODRÍGUEZ y E. CARUZ ARCOS (*La intervención en los bienes del Patrimonio Histórico. La interpretación del artículo 39.2 de la Ley del Patrimonio Histórico español por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del Proyecto de Restauración y Rehabilitación del Teatro romano de Sagunto*, Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 40/2000, págs. 133-149) y J. M. ALEGRE ÁVILA (*Reconstrucciones de monumentos e interpretación legal*, REDA, 116, 2002, págs. 591-597), así como en la interesante monografía en la materia de S. MUÑOZ MACHADO, *La resurrección de las ruinas*, Cuadernos Civitas, 2002.

⁴⁸ Como ejemplo de ello, puede citarse la que constituye, sin duda, la regulación mas detallada en la materia, la establecida en el Decreto 19/1995, de 7 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía (artículos 44 y ss.).

* RJ 431/2003.

la tutela dispensada por el Derecho, originariamente centrada en el bien aislado, se extiende a los conjuntos históricos, las clásicas técnicas de policía administrativa mostrarán su insuficiencia para la adecuada protección de unos espacios que demandan una actuación pública congruente con los problemas que los aquejan. Será entonces cuando el urbanismo ganará la batalla a la policía administrativa y al fomento y la suerte de la protección empezará a correr paralela a la del propio éxito o fracaso del planeamiento urbanístico.

2.1. Algunas notas sobre la historia del urbanismo de protección

Aunque es usual en la doctrina la referencia a que la incorporación del planeamiento como técnica de protección jurídica constituye una de las grandes aportaciones de la LPHE, no puede afirmarse que esa norma carezca de precedentes; se enmarca en un régimen ya establecido desde 1956 por las Leyes del Suelo; un Derecho al que, por lo demás, no deroga y con el que está necesariamente llamado a convivir. Resulta, pues, aconsejable, con carácter previo al examen de lo dispuesto en la LPHE, un breve repaso de las normas de protección de los conjuntos históricos contenidas en la Legislación urbanística, así como un somero balance de su aplicación en el momento en el que se plantea la reforma de la Ley del Patrimonio histórico-artístico de 1933, precedente inmediato de la LPHE.

La Ley del Suelo, desde su primera redacción en 1956, contiene, en efecto, un conjunto de previsiones importantes para la protección de los núcleos históricos. En síntesis puede afirmarse que estas Leyes han regulado la defensa de los valores culturales en un doble plano: en el de las determinaciones de directa aplicación y en el ámbito del planeamiento urbanístico. En el primero resulta obligada la referencia a la norma general de protección de la estética consagrada en 1956 y que se mantiene en las Leyes posteriores; en el segundo, el conjunto de disposiciones reguladoras del planeamiento urbanístico en las que la defensa de la ciudad histórica aparece, de una parte, como una de las posibles determinaciones de algunos de los instrumentos de planeamiento — Plan Nacional, Planes Directores Territoriales de Coordinación a partir de 1975 y Planes Generales de Ordenación Urbana— y, de otra, como contenido y finalidad específica de uno de ellos: los Planes Especiales.

Prescindiendo del análisis del Plan Nacional, nunca elaborado y hoy desaparecido tras la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 que lo regulaban por la STC 61/1997, de 20 de marzo, puede afirmarse que los Planes Directores Territoriales de Coordinación, sustituidos hoy por planes de análogo significado creados por las Comunidades Autónomas, tenían y tienen una extraordinaria trascendencia en la defensa de los conjuntos históricos en cuanto instrumentos llamados al establecimiento de directrices para la ordenación del territo-

rio. La propia experiencia demuestra que la protección integral de los conjuntos históricos depende no solo de la intervención desarrollada en su propio ámbito, sino también, y en muy buena medida, de la acción ejercida sobre el más amplio espacio que los circunda. La misma relevancia otorgada a estos últimos Planes ha de conferirse a los Planes Generales de Ordenación Urbana. Al margen de su genérica capacidad de determinación de una política global de conservación de los valores culturales, la eficacia de este plan sobre los conjuntos históricos deriva, de una parte, de la posible inclusión en ellos de medidas protectoras dentro del conjunto de determinaciones que operan al margen de la clasificación del suelo; y, de otra, de su capacidad para convertirse en el instrumento de ordenación concreta del suelo urbano. La protección del Patrimonio Histórico era y es objeto también en la Legislación urbanística de un instrumento concreto de planeamiento: los Planes especiales, a los que, entre sus numerosos objetivos, se encomienda el de tutela de los conjuntos históricos y a los que haremos referencia más adelante.

En suma, la normativa urbanística incorpora a la regulación del planeamiento los elementos precisos para una correcta actuación en apoyo y defensa de los centros históricos. La valoración favorable de este orden normativo no puede trasladarse, sin embargo, al ámbito de su aplicación, en el que puede hablarse de un auténtico fracaso del urbanismo de protección desarrollado en España en el periodo comprendido entre 1956 y 1985, años de publicación de la primera Ley del Suelo y de la LPHE vigente⁴⁹. Entre el conjunto de razones que explican este fracaso cabe destacar las siguientes.

a) El incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley del Suelo

El grado de implantación de la legislación urbanística sobre el planeamiento de los conjuntos históricos fue muy escaso. El Plan Nacional no llegó nunca a elaborarse; de los Planes Directores Territoriales de Coordinación se hizo un uso muy escaso y los Planes Generales de Ordenación Urbana prescindían por lo general de la ordenación de los conjuntos históricos con remisión a unos Planes Especiales que, en muchos casos, no llegaban a aprobarse o lo hacían con considerable retraso cuando ya, incluso, el deterioro del área afectada era irreversible. En definitiva, el planeamiento realizado no fue capaz ni de solucionar los problemas concretos de las áreas histórico-artísticas ni, mucho menos, de lograr su adecuada inserción en la ordenación del más amplio espacio en el que se integran⁵⁰; en su lugar, se desarrollaría un

⁴⁹ Vid. al respecto, E. BARRERO GONZÁLEZ (*La conservación de las ciudades histórico-artísticas*, Revista de Estudios de la Vida Local, núm. 215, 1982; en particular, págs. 435-444).

⁵⁰ El ejemplo, en este punto, de Sevilla es aleccionador. Ni el Plan General de Ordenación Urbana de 1962 ni el denominado Proyecto de Reforma Interior del Casco antiguo (PRICA) adop-

urbanismo parcial y fragmentario gestionado, a su vez, por una Administración pública compartimentada que, lejos de favorecer la integración, contribuiría, en no poca medida, a una visión parcial en la solución de los problemas del suelo.

b) Las dificultades de la gestión urbanística en el suelo urbano

No por de sobra destacada puede dejar tampoco de hacerse referencia aquí a una de las notas más sobresalientes de las Leyes del Suelo de 1956 y 1975: el triunfo en ellas de una perspectiva desarrollista o de ensache. Eran Leyes pensadas para una acción urbanística dirigida a la creación de suelo. La intervención sobre la ciudad heredada quedaba al margen, si no de las determinaciones concretas de los planes, si, al menos, de los principios en los que se asientan e inspiran. Tal característica dejó sentir sus efectos de manera muy especial en las técnicas de ejecución del planeamiento que diseñan y regulan; técnicas exclusivamente previstas para disciplinar la conversión del suelo rústico en urbano y no para gestionar operaciones que se desarrollasen sobre éste. La reparcelación, mecanismo sobre el que se hace descansar la consecución del necesario principio de igualdad en la ordenación urbanística, se mostró, desde sus mismos orígenes, una técnica insuficiente cuando se trataba de intervenir en suelo urbano en donde la consecución de polígonos de actuación que dieran cumplimiento a las exigencias legales se hacía muy difícil, cuando no imposible.

Esta falta de adecuación de los instrumentos legales a la realidad del suelo urbano hizo surgir una serie de mecanismos que en el borde mismo de la legalidad intentaban hallar fórmulas que hicieran posible la garantía del principio de igualdad en las operaciones urbanísticas sobre la ciudad consolidada. Entre ellos destacan las Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico, las posibilidades derivadas de la gestión convenida o el establecimiento de contribuciones especiales. Ninguna de estas soluciones obtendría, sin embargo, resultados mínimamente satisfactorios por causas de muy diversa índole y de imposible examen en este momento⁵¹. En suma, la ejecución del planeamiento fallaba en los conjuntos históricos por la insuficiencia de la propia

taron previsiones para la ordenación de los Conjuntos Históricos, sino que se remitieron a veintitún Planes Especiales de protección que nunca llegaron a aprobarse. Paradójicamente se llegó a aprobar, sin embargo, uno que no estaba previsto: el de la calle San Fernando (Vid. sobre la materia E. BARRERO GONZÁLEZ, *Pequeñas historias de Sevilla: la calle San Fernando*, Ed. Ateneo de Sevilla, 1980).

⁵¹ Un desarrollo del empleo de estas técnicas, con cita de la doctrina sobre la materia, puede encontrarse en C. BARRERO RODRÍGUEZ (*Los conjuntos históricos y el planeamiento de protección en Andalucía*, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 16, 1994 págs. 39 y ss.).

regulación legal y el escaso resultado obtenido por aquellas vías que intentaban suplirla, lo que condujo a una generalizada aplicación del artículo 87.3 de la LS en su redacción de 1976: «Las ordenaciones —afirmaba— que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirá derecho a indemnización». El precepto, cuya lógica dentro del sistema general arbitrado por la Ley, admitía poca discusión, estaba pensado, sin embargo, para situaciones excepcionales; de ahí que cuando su aplicación se convierte en regla casi general de ejecución de determinados planeamientos mostrara una absoluta ineficacia. Ni podía por su propia naturaleza servir de soporte a operaciones urbanísticas de cierta envergadura, pensado, como estaba, para acciones concretas, ni la Administración contaba con los recursos económicos que su empleo inevitablemente exigía. En definitiva, el artículo 87.3 no podía constituir la vía normal de ejecución del planeamiento de los conjuntos históricos.

c) La falta de coordinación entre la normativa urbanística y la legislación histórico-artística

Este es otro de los motivos que más directamente contribuyó a la ineficacia de la intervención urbanística sobre los centros históricos, exponente, además, de uno de los rasgos más sobresalientes de la actuación pública de tutela desarrollada bajo la vigencia de la Ley del Patrimonio histórico-artístico de 1933. Una descoordinación que hay que buscar tanto en el ordenamiento jurídico como en una práctica administrativa que, lejos de buscar fórmulas de colaboración, favorecería, en no poca medida, al distanciamiento entre ambos órdenes normativos.

Al margen del detalle de los preceptos concretos que propiciaron esta situación, puede afirmarse que se terminó por consagrar, con el firme respaldo de una consolidada jurisprudencia, un modelo conforme al cual toda actuación en un bien declarado histórico-artístico —ya fuera individualmente, ya en cuanto parte de un conjunto— requería una doble autorización: la de las Comisiones del Patrimonio Histórico —cuyas competencias fueron posteriormente transferidas a las Comunidades Autónomas— en aplicación de la legislación específica de protección del valor cultural y la de los Municipios de acuerdo con la legalidad urbanística. Se daba, además, la paradoja de que la Administración más poderosa, la estatal, era titular de las técnicas más débiles en la acción de conservación: las de policía administrativa; en tanto que la Administración municipal, carente, las más de las veces, de suficientes medios materiales y personales para el ejercicio de su labor, tenía en sus

manos el planeamiento, el más importante instrumento jurídico de defensa de la monumentalidad de cuantos el Derecho conoce.

2.2. La regulación del planeamiento de protección en el Derecho vigente

La LPHE regula el planeamiento de protección en sus artículos 20 y 21 en términos que han sido objeto de un amplio desarrollo, e incluso en algunos extremos de modificación, por el ordenamiento autonómico en el ejercicio de sus competencias sobre urbanismo, ampliamente reconocidas, como es sabido, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo⁵². De este régimen pueden, en síntesis, destacarse las siguientes notas:

A. La amplia libertad con la que en aplicación de la Ley del Estado cuenta la Administración municipal para la elección de la figura de planeamiento que haya de ordenar sus espacios de interés cultural, aunque sean, ciertamente, los Planes Generales de Ordenación Urbana y, muy particularmente, los Planes Especiales los que posean una mayor idoneidad para este fin. Leyes de Patrimonio Histórico como, por ejemplo, las de Andalucía o Madrid, especifican el conjunto de figuras de planeamiento que pueden servir para la planificación de los conjuntos históricos, acabando de esta forma con la interpretación, ciertamente infundada, de que el precepto exige necesariamente un Plan especial⁵³, solución, sin embargo, expresamente acogida por otras Leyes autonómicas⁵⁴.

⁵² Sobre la incidencia de esa Sentencia en la regulación del planeamiento de protección me remito a mi artículo *Algunas reflexiones sobre los efectos de la STC 61/1997 en las regulaciones del planeamiento establecidas en Leyes sectoriales*; en particular, su incidencia sobre los artículos 20 y 21 de la Ley del Patrimonio Histórico del Estado. (Revista de Derecho Urbanístico, núm. 167/1999, págs. 55 y ss).

⁵³ Artículos 32.1 y 29, respectivamente. Otras Leyes utilizan fórmulas mas genéricas. Así la de Cataluña se refiere a un «instrumento urbanístico de protección» (artículo 33.2), la del Principado de Asturias a «planes urbanísticos de protección» (artículo 55.2) y la de Castilla y León «a plan especial de protección del área afectada u otro instrumento de los previstos en la legislación urbanística o de ordenación del territorio que cumpla en todo caso los objetivos establecidos en esta Ley» (artículo 43.1), amparando, así, cualquier plan jurídicamente posible e idóneo para la satisfacción del fin propuesto. En otros casos, la determinación de las figuras posibles resulta de sus Leyes urbanísticas como, por ejemplo, en Navarra (Ley 10/1994, de 4 de julio, artículo 92) o Aragón (Ley 5/1995, de 25 de marzo, artículo 59).

⁵⁴ Es el caso concretamente de las Leyes de Galicia, Valencia y Canarias que exigen que el plan de protección sea un Plan Especial (artículos 45, 34.2 y 30.1, respectivamente). La Ley de Extremadura, por su parte, se expresa en términos menos contundentes declarando que, en principio, será un Plan Especial aunque, si las circunstancias lo requieren, son posibles otras figuras de planeamiento (artículo 40.1).

B. El carácter obligatorio con el que el plan de protección se establece⁵⁵; una previsión que contrasta, sin embargo, con el escaso nivel de implantación práctica de la medida, a lo que colabora decididamente la ausencia de toda suerte de garantías en la LPHE frente a eventuales incumplimientos de sus mandatos. Imbuidas probablemente por la preocupación ante la falta de cumplimiento de la previsión legal, algunas Leyes autonómicas han previsto diferentes medidas en garantía de la efectiva puesta en marcha del proceso de planeamiento; entre otras, la ayuda de la Administración autonómica a la municipal en la redacción de los planes⁵⁶, la suspensión por la Comunidad Autónoma del planeamiento que se considera contrario a la protección⁵⁷ e, incluso, la subrogación de esta Administración en las competencias propias de los Municipios⁵⁸.

⁵⁵ Los Tribunales vienen destacando este carácter obligatorio del planeamiento de protección. Particularmente significativa en este sentido puede considerarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de setiembre de 1997 (RJCA 2457) en la que se afirma que los planes de protección previstos en el artículo 20 de la LPHE no constituyen, «un instrumento de formulación voluntaria o libre de los Ayuntamientos, ni una pía recomendación que se dirige a las entidades públicas, sino un deber que la Ley les impone para ser cumplido en un plazo razonable de tiempo ... La Ley, por tanto, regula la ausencia de Plan Especial como una situación puramente transitoria ...» de ahí que «... la falta de Plan Especial no amplía la esfera de decisión de la Administración ni ensancha las facultades, ni las hace más discrecionales, que tiene para controlar y ordenar la actividad de los particulares potencialmente afectante al campo de los bienes culturales protegidos. Antes al contrario, el régimen legal que taxativamente impone la propia Ley de 1985, la cual, además, ha de ser interpretada en términos estrictos y garantizadores de la satisfacción de los fines que la inspiran, implica una restricción material de aquellas facultades ... en tanto no se apruebe el Plan Especial, las posibilidades de intervención en los inmuebles integrantes del conjunto son mínimas ...».

⁵⁶ Destaca en esta línea la actuación desarrollada por la Comunidad Autónoma de Andalucía. En el artículo 30.3 de su Ley de Patrimonio Histórico, desarrollado por el reglamento de 1995, ya previó la posibilidad de que la Consejería de Cultura fijara las directrices aplicables a la formación, modificación o revisión de los planes. Con todo, la acción mas importante en esta materia es la plasmada en el Programa regional de planeamiento de Centros Históricos, aprobado por Orden conjunta de las Consejerías de Obras Públicas y Cultura de 9 de mayo de 1994, modificada en el año 1997. En dicho Programa se adoptan dos grandes medidas: a) se impone a diferentes órganos de las respectivas Consejerías el deber de proceder «al desarrollo y ejecución del citado Programa, y la adaptación y coordinación de las Ordenes por la que se regula la concesión de ayudas a las Corporaciones Locales de las respectivas Consejerías a los contenidos del PRPCH»; y b) se crea, como órgano impulsor, la Mesa de Coordinación del Programa integrada por representantes de ambas Consejerías. El Anexo de la Orden establece los «Programas y líneas de actuación» en su triple modalidad de «Cooperación municipal», «Apoyo a la formulación del planeamiento» y «Actuaciones complementarias». El primero de ellos tiene por fin el apoyo a la redacción, ejecución y gestión del planeamiento municipal; los segundos, el servir «de soporte instrumental al Programa de Planeamiento y Gestión Municipal, y en concreto a los procesos de formulación del planeamiento municipal»; el Programa de Actuaciones complementarias, por último, «debe servir de soporte instrumental al Programa de planeamiento y gestión municipal, acometándose con carácter muy realista en función de los medios disponibles y de la capacidad de gestión de ambas Consejerías».

⁵⁷ En tal sentido, Ley de las Islas Baleares (artículo 36.3).

⁵⁸ Algunas Leyes autonómicas reconocen, en efecto, la potestad de la Comunidad Autónoma para subrogarse en la competencia municipal de planeamiento de los centros históricos. Así lo

C. Los Planes Especiales de protección pueden aprobarse, según resulta del artículo 20.1 de la LPHE, sin la previa existencia de planeamiento general e, incluso, en contradicción con sus determinaciones. Estas previsiones han sido objeto de importantes controversias doctrinales y plantean no pocos problemas en su aplicación práctica; sobre todo, la segunda de ellas. Las Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico no suelen pronunciarse sobre esta cuestión⁵⁹ aunque si lo hacen las de urbanismo en términos no siempre coincidentes con los de la Ley estatal del Patrimonio Histórico. En el tratamiento de esta cuestión ha de diferenciarse lógicamente entre cada una de las operaciones amparadas por el precepto: la aprobación de Planes Especiales sin la previa aprobación del planeamiento general y la posible alteración de éste por un instrumento de inferior rango, en principio, como es el Plan Especial.

La LPHE al consagrar la posibilidad de Planes Especiales autónomos introduce una modificación importante en el régimen establecido por el Texto Refundido del Suelo de 1976 y el Reglamento de Planeamiento de 1978 en el que los Planes Especiales de protección no figuran expresamente entre los planes de esta naturaleza que pueden anteceder en su aprobación al Plan General⁶⁰. La regla establecida en 1985 podía resultar o no oportuna pero, en ningún caso, discutible en su aplicación teniendo simplemente en cuenta su condición de norma posterior al Texto Refundido del Suelo de 1976 entonces vigente. Los problemas surgirán cuando el nuevo Texto Refundido del Suelo de 1992 establezca una regulación de los Planes Especiales autónomos no del todo coincidente con lo establecido en el artículo 20.1 *in fine* de la LPHE. En efecto, el artículo 84 del Texto Refundido reconoce la posibilidad de que los Planes Especiales de protección de los conjuntos históricos puedan preceder al Plan General de Ordenación Urbana aunque siempre habrán de ser planes

hace la de Andalucía (artículo 30.4) o la de Canarias en cuya aplicación la falta de aprobación inicial del Plan de protección en los dieciocho meses siguientes a la declaración del conjunto determinará que los Cabildos deban subrogarse «en las competencias, previa audiencia del Ayuntamiento afectado» (artículo 30.2). La Ley del Principado de Asturias, de otra parte, subordina esta posibilidad al previo requerimiento a los Ayuntamientos y al transcurso del plazo que reglamentariamente se establezca (artículo 55.6).

⁵⁹ Las excepciones en este sentido vienen dadas por las Leyes de Galicia, Cantabria, Extremadura y por la mas reciente de Castilla y León que en sus artículos 45.1 *in fine*, 62.3, 40.1 y 43.2, respectivamente, reproducen la regla establecida en la Ley del Estado o la de Valencia que impone la obligada aprobación del Plan Especial «aun en el caso de que el municipio de que se trate careciere de planeamiento general» aunque nada establece sobre la posibilidad de que el vigente sea contradictorio con la protección (artículo 34.2), hipótesis ya prevista, sin embargo, en su Ley reguladora de la actividad urbanística, Ley 6/1994, de 15 de noviembre, en términos favorables a la posibilidad de que un Plan Especial de protección pueda modificar el planeamiento general (artículo 12 d).

⁶⁰ Vid. artículo 76 del Reglamento de Planeamiento.

de «desarrollo de previsiones contenidas en los Planes territoriales», exigencia no prevista en la LPHE. Aunque en favor de la vigencia del artículo 84 del Texto Refundido de 1992 pudiera esgrimirse de nuevo, y así se hizo desde no pocos ámbitos, el argumento de que la Ley posterior deroga a la anterior, cabía también la defensa de la plena aplicación del artículo 20.1 de la LPHE dada su condición de Ley especial frente a la norma general establecida en la Ley del Suelo, principio, como es sabido, igualmente fundamental en el proceso de selección de la norma aplicar. El conflicto desaparecería con la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 84 del Texto Refundido del Suelo de 1992 por la STC 61/1997, de 20 de marzo y la renovada vigencia del Texto Refundido de 1976, aunque, de inmediato, se va a situar en un ámbito distinto, en el de la confrontación entre una Ley estatal, la del Patrimonio Histórico, y las Leyes autonómicas sobre Ordenación del suelo y Urbanismo. Sin entrar en el detalle de las regulaciones autonómicas del planeamiento especial puede destacarse su disparidad en la regulación de la cuestión que nos ocupa. Existen numerosas Leyes autonómicas para las que los Planes Especiales, al menos los que tienen por finalidad la protección de los conjuntos históricos, han de ser necesariamente planes de desarrollo de un previo instrumento de planeamiento de mayor alcance que, por lo común, no tiene por qué ser un Plan General de Ordenación Urbana⁶¹; otras, por el contrario, permiten expresamente el Plan Especial independiente o autónomo⁶². Es claro que ningún problema existe allí donde la LPHE y la norma urbanística mantienen la misma regla; los problemas surgen obviamente ante la necesaria determinación de la disposición prevalente en las Comunidades Autónomas en las que existan reglas contrapuestas. La cuestión ha de resolverse en favor lógicamente de la instancia competente para la regulación del planeamiento de protección, la autonómica, afirmación que, desde luego, podía ser discutida en 1985 pero no hoy cuando ya el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 17/1991, de 31 de enero y 61/1997, de 20 de marzo ha

⁶¹ En esta línea se sitúan las Leyes 10/1994, de 4 de julio de la Comunidad foral navarra, de ordenación del territorio y urbanismo (artículo 90), 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística valenciana (artículo 12), 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, (artículo 26), 2/1998, de 4 de junio de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha (artículo 29), 15/2001, de 14 de diciembre, de suelo y ordenación territorial de Extremadura (artículos 54 y 72), 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid (artículo 34) y 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña (artículos 55 y 67).

⁶² Son los casos de las Leyes 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, de la La Rioja (artículo 75), 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla-León (artículo 33.4), 1/2001, de 24 de abril, de suelo de Murcia (artículo 107), 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación del Territorio y Régimen Urbanístico del suelo de Cantabria, que remite a lo dispuesto en la legislación sectorial (artículo 59.4), 3/2002, de 19 de abril, del Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística del Principado de Asturias (artículo 56), y Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (artículo 14.2 b).

definido el alcance de las competencias estatales y autonómicas sobre el Patrimonio Histórico y el planeamiento urbanístico, respectivamente. Cabe advertir aún la existencia de algunas Comunidades Autónomas, señaladamente las de Galicia y Valencia, en las que la discrepancia de criterios se produce entre dos normas propias: la de Patrimonio Histórico y la Urbanística. Si en el caso de Valencia el conflicto ha de resolverse a favor de la primera dada su doble condición de Ley posterior en el tiempo y de norma especial, a favor, por tanto, de la posible aprobación de Planes Especiales de protección sin la previa existencia de un Plan General, en el caso de Galicia, por el contrario, parece que ha de imperar el criterio establecido en la norma urbanística, no ya por haberse dictado más tarde, sino por la expresa mención que en ella se contiene a los Planes Especiales de protección de los conjuntos históricos entre los que necesariamente han de dictarse en desarrollo de previsiones contenidas en Normas Provinciales de planeamiento o en Planes Generales de Ordenación Urbana y la consiguiente falta de referencia a ellos en la determinación de los Planes Especiales posibles en ausencia de un previo planeamiento⁶³. En cualquier caso, cabe lamentar una disparidad de criterios que no hace sino enturbiar el tema y que el legislador autonómico puede y debe evitar.

La segunda de las cuestiones suscitadas por el artículo 20.1 *in fine* de la LPHE plantea, como ya se indicó, el alcance de la posible alteración de un Plan general por uno especial con fundamento en la previsión que establece que «la obligatoriedad de dicho plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección». Es evidente que ningún problema ha de suscitarse en los supuestos en los que el plan que ha de modificarse tiene el mismo rango que el nuevo que pretende dictarse.

Al margen del detalle de ese debate, puede señalarse que la interpretación que debe prevalecer es la que considera que la posible modificación de un Plan General de Ordenación Urbana por uno Especial debe entenderse limitada a las previsiones del Plan General que fijan la ordenación específica del suelo urbano, quedando, por consiguiente, al margen de ella aquella otra parte del Plan que diseña la estructura fundamental del territorio y que viene a coincidir con el conjunto de determinaciones que se imponen al margen de la clasificación del suelo. Una interpretación contraria supondría consagrar la posibilidad de que por la vía de un Plan Especial se contradiga de una manera fragmentaria las determinaciones que sirven a la definición de los grandes ejes que vertebran el territorio, al tiempo que se extenderían las funciones del Plan Especial más allá de los límites que le son consustanciales en aplicación

⁶³ Vid. el artículo 26 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia.

de los principios que rigen el sistema general de planeamiento. Esta interpretación que cuenta con el respaldo de una jurisprudencia recaída hace ya años ⁶⁴, se ha visto plenamente confirmada en las Leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas que expresamente reconocen, en los términos expuestos, la posibilidad de que un plan de superior rango como es el general, sea reformado por uno especial ⁶⁵.

D. El artículo 20 de la LPHE define el ámbito espacial del plan de protección por referencia al espacio afectado por la declaración de interés cultural. En realidad ha considerarse que esta norma establece un mínimo indisponible, quedando en manos de los Municipios la posibilidad de ampliar dicha superficie en aplicación del régimen urbanístico general.

Las Leyes de Patrimonio Histórico de Andalucía y Aragón reconocen expresamente la posibilidad, ausente en la LPHE y en el resto de las disposiciones autonómicas, de una planificación del conjunto histórico a través de diferentes instrumentos de planeamiento ⁶⁶, previsión con la que se responde a los problemas planteados por conjuntos de grandes dimensiones y problemas muy distintos en sus diferentes zonas. Por su parte, las Comunidades de Castilla-León, del Principado de Asturias y Andalucía contemplan en sus Leyes de urbanismo una hipótesis diferente, la de Planes Especiales que afecten a varios Municipios «a fin de abarcar ámbitos de protección completos» ⁶⁷.

E. El contenido de los planes de protección constituye, como es notorio, una cuestión de particular trascendencia; de él depende, en última instancia, la consecución de los objetivos que los justifican. Entre las determinaciones legalmente previstas figuran la delimitación de usos, determinación de las áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área resi-

⁶⁴ Esta solución encuentra, en efecto, pleno respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En tal sentido, y entre otras, SSTs de 20 de diciembre de 1984 (Ar. 6704), 23 de setiembre de 1987 (Ar. 7748), 13, 17 y 25 de febrero de 1989 (Ars. 1116, 1271 y 1299), 6 de febrero, 6 de junio y 17 de octubre de 1990 (Ar. 945, 4814 y 8137).

⁶⁵ Así se establece con claridad en la Ley 3/2002, de 19 de abril del Régimen del suelo y ordenación urbanística del Principado de Asturias cuyo artículo 55.2 señala que «los Planes Especiales no podrán sustituir al plan General de Ordenación en su función de establecer la ordenación integral propia del territorio en el ámbito municipal ...». En el mismo sentido se pronuncian las Leyes de urbanismo de La Rioja (artículo 75), Murcia (artículo 108.2), Aragón (artículo 54.3), Castilla-León (artículo 47.2) y Cantabria (artículo 60.2), así como el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo del Texto refundido de las Leyes de ordenación del territorio y espacios naturales de Canarias (artículo 37.4).

⁶⁶ La primera de ellas permite que el planeamiento se realice por «zonas que merezcan consideración homogénea» previa autorización en ese sentido de la Consejería de Cultura (artículo 32.2); la segunda se refiere a que «la declaración de conjunto histórico determinará la obligación para el Ayuntamiento afectado de aprobar uno o varios planes especiales de protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento ...» (artículo 41).

⁶⁷ Vid. respectivamente sus artículos 48.1, 56 y 14.1.

dencial y de las actividades económicas adecuadas y los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre ellas.

Singular atención ha de dispensarse en este ámbito a la regulación que la LPHE realiza de las operaciones de remodelación urbana en el extremo relativo a la prohibición de alteración de alineaciones en los conjuntos históricos. El artículo 21.3 de la Ley subordina dichas operaciones de remodelación urbana, que excepcionalmente permite, a que se mantengan «las alineaciones urbanas existentes». La Ley comete así el error de pensar que haciendo intangible la realidad dada en 1985 está contribuyendo a una mayor protección, sin tener en cuenta que en algunos casos la preservación de los conjuntos históricos exige precisamente la modificación de alineaciones. La Administración encargada de la aplicación de la norma no dudó en considerar que lo que el citado artículo 21.3 de la LPHE trata de preservar es la trama histórica, pero no, desde luego, las alineaciones rotas a consecuencia fundamentalmente de los ensanches previstos, y mas tarde abandonados, en planes de los años sesenta y setenta del siglo pasado. El Tribunal Supremo, sin embargo, se ha opuesto a esta interpretación de la Ley en Sentencias de 5 de marzo de 1999⁶⁸, 2 de febrero de 2000 y 29 de enero de 2002⁶⁹ con el argumento principal de que «el sentido gramatical del texto es inequívoco» por lo que «la interpretación literal es, por ello, suficiente y obligada». Algunas Leyes autonómicas han superado con buen sentido esta tajante prohibición al permitir una modificación de alineaciones si con ella se contribuye «a la conservación general del conjunto». Así lo hizo tempranamente la Ley del Patrimonio cultural vasco y, mas tarde, las Leyes de Galicia, Valencia, Aragón, Canarias, Madrid, Cantabria y Extremadura⁷⁰; otras, en cambio, nada establecen, caso de la Ley andaluza, en tanto que otras como las de Cataluña y las Islas Baleares reproducen la prohibición establecida en la disposición estatal⁷¹, sin que quepa olvidar aquellas Comunidades Autónomas que, como es el caso señalado de la de Castilla-León, superaron la tajante limitación establecida en la LPHE en su Ley urbanística⁷² aunque hoy

⁶⁸ RJ 2165.

Un comentario de esta sentencia puede encontrarse en C. BARRERO RODRÍGUEZ, (*La alteración de alineaciones en los conjuntos históricos. La interpretación del artículo 21.3 de la Ley del Patrimonio Histórico Español (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1999)*. Patrimonio Cultural y Derecho, núm. 3, 1999, págs. 301-306). A la falta de adecuación del criterio legal a la realidad se ha referido mas recientemente T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso*, Urbanismo y Rehabilitación, núm. 1, 2000, págs. 43 y 4).

⁶⁹ RJ 788, RJ 921.

⁷⁰ Vid., respectivamente, sus artículos 46.2, 28, 39.2 a), 43.2 a), 34.2, 33, 53.2 b) y 41.2.

⁷¹ Artículos 35.2 a) y 39.3.

⁷² En efecto, la Ley de urbanismo de esta Comunidad Autónoma del año 1999 establece en su artículo 37 b) y en relación con el planeamiento de protección de los conjuntos históricos, que «en

esa posible alteración de alineaciones figure ya también en su Ley del Patrimonio Cultural ⁷³.

F. La aprobación del plan de protección tiene efectos muy importantes para el otorgamiento de licencias en el conjunto histórico. La LPHE altera, si bien de forma parcial, la tradicional exigencia de doble autorización que en aplicación de la Ley del Patrimonio histórico-artístico de 1933 y de las Leyes del Suelo se requería para cualquier actuación en un bien declarado Monumento o ubicado en un Conjunto histórico-artístico, estableciendo un nuevo régimen, reproducido en algunas Leyes autonómicas ⁷⁴, que se asienta en las siguientes reglas: a) conservación del principio de dualidad competencial —licencia urbanística y autorización de los órganos de la Administración de Cultura— para cualquier actuación en un bien cultural hasta el momento de la aprobación del planeamiento de protección; b) suficiencia de la licencia municipal con simple deber de información a los órganos de Cultura a partir de esa fecha; y c) exclusión de la regla general y mantenimiento, por tanto, de la doble autorización para las operaciones que tengan como base física un inmueble declarado monumento, jardín histórico o que se halle ubicado en el entorno de uno u otro. De esta forma el principio general establecido queda considerablemente debilitado por el juego de una excepción que en muchos conjuntos históricos, al contar con numerosos inmuebles individualmente declarados de interés cultural, termina por convertirse en norma de común aplicación. Algunas Leyes autonómicas han ampliado los supuestos de suficiencia de la licencia municipal tras la aprobación del Plan al hacerlos extensivos a los entornos de monumentos ⁷⁵ o, como hace la Ley de Andalucía, mediante la previsión de la posible delegación de competencias autonómicas en los Municipios ⁷⁶.

suelo urbano, se mantenga la trama urbana, las alineaciones y las rasantes existentes, salvo en los ámbitos que se delimiten para realizar actuaciones de reforma interior orientadas a su descongestión, a la mejora de las condiciones de habitabilidad, a la rehabilitación de las construcciones, o a la obtención de suelo para dotaciones urbanísticas».

⁷³ Vid. artículo 42.4 de la Ley 12/2002, de 11 de julio.

⁷⁴ Leyes de Valencia (artículo 35), Islas Baleares (artículo 37), Canarias (artículo 33) o Castilla y León (artículo 44).

⁷⁵ Es el caso de las Leyes del Patrimonio Histórico de Galicia (artículo 47.2), Cantabria (artículo 64) y Extremadura (artículo 42).

⁷⁶ Su artículo 38 dispone que la Consejería de Cultura podrá delegar en los Municipios la autorización de actuaciones «en los inmuebles incluidos en la delimitación de entorno de bienes inmuebles objeto de inscripción específica o sometidos al régimen de los Bienes de Interés Cultural con arreglo a la Ley 16/1985, de 25 de junio» y en el 39, la autorización de actuaciones «dentro de los Conjuntos Históricos no declarados Bienes de interés cultural» a excepción de las que afecten a los «Monumentos o Jardines Históricos declarados o catalogados» o sus respectivos entornos. Igualmente, podrá delegarse «la facultad de autorización en los entornos de bienes inmuebles comprendidos dentro del Conjunto Histórico en los términos previstos en el artículo 38».

III. CONSIDERACIÓN FINAL

¿Aciertan la LPHE de 25 de junio de 1985 y las diferentes normas autonómicas posteriores en su respuesta a la exigencia de conservación de la ciudad histórica?; ¿puede hablarse, hoy y ahora, de un auténtico Derecho de defensa del Patrimonio Histórico inmobiliario?

La LPHE tiene ciertamente el valor de la integración del planeamiento entre las técnicas de protección que acoge, con lo que rompe la larga tradición de una normativa que había vivido de espaldas al mundo del urbanismo; hoy, sin embargo, no puede dejar de denunciarse la profunda dispersión normativa a la que se ha llegado en la materia como consecuencia de la duplicidad de reglas de protección en las Leyes autonómicas de Patrimonio Histórico y Urbanismo, Leyes que, como hemos tenido oportunidad de analizar, no siempre se encuentran debidamente engarzadas.

Al margen de este hecho, no puede afirmarse que las transformaciones operadas hayan sido tan radicales como se proclamara en un principio. El Derecho del Patrimonio Histórico se mueve en el mismo plano en el que ya las Leyes del Suelo contenían una respuesta eficaz a las necesidades de la ciudad histórica: en el de la regulación del planeamiento. No parece haber puesto fin, sin embargo, a los innumerables problemas que se venían generando en la aplicación del ordenamiento urbanístico y que han de considerarse la principal causa de su fracaso. Hoy, como ayer, sigue siendo absolutamente necesaria una adecuada coordinación entre los diferentes órdenes normativos y Administraciones Públicas implicadas en la defensa de los conjuntos históricos y puede seguir hablándose de un alto grado de incumplimiento de las previsiones legales sobre el planeamiento de los centros históricos. La tajante obligación que la norma establece de elaborar y aprobar planes de protección está todavía por cumplir en no pocos Municipios. Las causas de su incumplimiento son las mismas que antes de 1985: las dificultades consustanciales a todo proceso de planeamiento de estas características. Todavía puede mantenerse la afirmación de que el urbanismo de protección sigue fallando en su ejecución. Las más graves quiebras del régimen vigente hasta 1985 no se encontraban —cómo ha quedado dicho— en la regulación

Para que proceda la delegación en los supuestos previstos en el artículo 38 es necesario «que el entorno al que haya de afectar se encuentre suficientemente regulado por el planeamiento urbanístico, conteniéndose en este último normas específicas de protección para el entorno del bien de que se trate»; en los casos definidos en el 39, la delegación queda igualmente supeditada a que el planeamiento urbanístico «garantice suficientemente la pervivencia de los valores propios del conjunto». En ambos casos, la delegación queda automáticamente revocada ante una derogación o modificación del planeamiento bajo cuya vigencia se otorgó, a menos que estas alteraciones urbanísticas se hubieren llevado a cabo con el informe favorable de la Consejería de Cultura.

de los planes contenida en las Leyes del Suelo que, en términos generales, puede considerarse satisfactoria; se encontraban en el ámbito de la gestión del que el Derecho sobre bienes históricos desarrollado a partir de 1985 ha permanecido al margen, sin duda por las propias dificultades jurídicas, técnicas y económicas intrínsecas a ese ámbito; pero sin tener en cuenta que solo actuando en él podían darse pasos decisivos en la consecución de una protección más eficaz de los bienes y espacios culturales.

En realidad, puede concluirse afirmando que los múltiples problemas que se detectan cuando se reflexiona sobre la acción urbanística desarrollada sobre los conjuntos históricos vienen, en la generalidad de los casos, a confluir en dos grandes cuestiones: la financiación de la conservación y la necesaria integración de los diferentes órdenes normativos y Administraciones Públicas a las que está encomendada la defensa de la ciudad histórica.

Confiemos, en fin, en una actuación pública que superando los escollos y deficiencias legales avance con acierto en la resolución de los problemas urbanísticos de los Conjuntos Históricos en cuya satisfacción no solo están comprometidos los valores consagrados en el artículo 46 de la Constitución, sino otros derechos igualmente importantes como son los reconocidos en los artículos 44, 45 y 47 del propio texto constitucional: el acceso a la cultura, la garantía de un medio ambiente adecuado e, incluso, el derecho a una vivienda digna.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES MUEBLES HISTÓRICOS

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
Profesor del «Master en Gestión y Evaluación
del Patrimonio Histórico»
Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN. Importancia de los Bienes Muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español. El régimen jurídico de protección

El ordenamiento jurídico protector de los bienes históricos se caracteriza, en el pasado y actualmente, por una regulación diferenciada de los bienes muebles e inmuebles, estableciéndose, en general, medidas más rigurosas para los segundos.

Los bienes inmuebles cuentan con una amplia tradición normativa, a lo largo de la Historia, destinada a su protección; la cual refleja, sin duda (y acaso con razón, en tales tiempos), la importancia histórico-cultural que el legislador y el ordenamiento dan a tales bienes; destinándose, por ello, múltiples técnicas a su protección.

En contraposición con estos, los bienes muebles han sido objeto de mucha menor atención, incluso se puede hablar de un cierto descuido. De hecho, algunas medidas y técnicas de protección de los bienes muebles se crearon y pusieron en marcha en relación con los bienes inmuebles, siendo, en la actualidad, comunes a ambos tipos de bienes.

Si, históricamente, la mayor rigurosidad jurídica en la protección de los bienes inmuebles tiene una justificación adecuada (mayor entidad física, en general; carácter representativo y estético; trascendencia económica, etc.), en la actualidad no se puede mantener esta afirmación de forma categórica y excluyente.

La importancia actual de los bienes muebles históricos deriva, a grandes rasgos, del aumento de su trascendencia económico-social (teniendo en cuenta el nivel de desarrollo de nuestra sociedad, y de las de nuestro entorno, los bienes muebles han adquirido un papel protagonista en el mercado de obras de arte, sin duda por ser fácilmente objeto de apropiación) y de su vulnerabilidad, derivada de su propia naturaleza (debido a su movilidad, los riesgos de estos bienes deben ser destacados: mayor facilidad para activida-

des ilícitas; mayores posibilidades de desplazamientos y de vinculación; su sencillo acceso fomenta robos, excavaciones ilegales y clandestinas, actos de vandalismo y gamberrismo; mayores riesgos de deterioro y pérdida debido a razones ambientales y naturales, etc.). En definitiva, son bienes valorados social y económicamente en la actualidad, pero también (y, quizás, por ello) son objeto muy codiciado de actividades ilegales; y así, de hecho, a veces, se consideran de más valor que los bienes inmuebles.

A pesar de que el ordenamiento jurídico, en tiempos pasados, se ha preocupado mucho más de los bienes inmuebles, no se puede mantener que los bienes muebles se hayan olvidado; es más, jurídicamente la preocupación por estos últimos aparece tempranamente.

Así, las Reales Cédulas, de 26 de Marzo de 1802 y de 6 de Julio de 1803, promulgadas por Carlos IV [Novísima Recopilación (1803), Libro VIII, Título II], encomienda a la Real Academia de la Historia recoger y conservar los «monumentos antiguos», en cuyo concepto se incluyen bienes inmuebles y bienes muebles (estatuas, bustos, monedas, instrumentos musicales, etc.). Otra cédula de 28 de Abril de 1837 ya somete a autorización administrativa la exportación de «pinturas, libros y manuscritos antiguos».

Seguidamente, la Real Orden de 13 de Junio de 1844 (Gaceta del 21) procede a crear las Comisiones Provinciales de Monumentos Histórico-Artísticos, entre cuyas atribuciones se incluyen las de recogida de datos e información de bienes u otras, mencionando, también, los bienes muebles (libros, cuadros, estatuas, etc.); continuando lo previsto para los jefes políticos en la Real Orden de 2 de Abril del mismo año. La necesidad de continuar con estas actividades se recuerda mediante Circulares de 2 de Enero y 30 de Diciembre de 1873.

La Ley de 7 de Julio de 1911 (Gaceta del 8), sobre Excavaciones artísticas y científicas y la conservación de las ruinas y antigüedades, constituye la primera normativa orgánica en materia de bienes históricos. La misma incluye en el concepto de «antigüedades» a todas las obras de arte y productos industriales pertenecientes a las edades prehistóricas, antigua y media, hasta el reinado de Carlos I; integrándose, también, las ruinas de edificios antiguos, las existentes que entrañen importancia arqueológica y los edificios de interés artístico abandonados (art. 2-Ley y Reglamento, de 1 de Marzo de 1912, Gaceta del 5). Además, se regulan las excavaciones arqueológicas, incidiendo en tales bienes, que por su naturaleza son bienes muebles.

Seguidamente, se aprobó el Real Decreto-Ley de 9 de Agosto de 1926, sobre Protección y Conservación de la Riqueza Artística (Gaceta del 15), que constituye una completa normativa reguladora del tesoro artístico-histórico.

Entre sus características generales debe destacarse la extensión de su ámbito de protección al «conjunto de bienes muebles e inmuebles dignos de ser conservados para la nación por razones de arte y de cultura»; bienes que quedan bajo la tutela y protección del Estado (art.1).

Aunque en el Real Decreto-Ley resaltan las técnicas de protección de los bienes inmuebles, que serán habituales en el futuro, se incluyen, asimismo, interesantes técnicas en relación con los bienes muebles.

Frente a la pormenorizada descripción de los bienes inmuebles (art. 2), el Real Decreto-Ley contiene una sintética definición de la «riqueza mueble» (art. 24), que integra a cuantos bienes de esta naturaleza (es decir, que puedan ser transmitidos de mano a mano formando un todo determinado y concreto) fueran producto de las bellas artes o fueran dignos de conservar en bien del Tesoro artístico nacional y de la cultura patria.

Al servicio de su protección se prevé la formación de un catálogo y relación detallada de las obras de la riqueza artística que tengan en su poder, así como «hacer más difícil, si no imposible», la salida de la nación, para lo cual se regula de modo riguroso y restrictivo la exportación de los mismos, siempre de carácter excepcional y, en todo caso, sometida a autorización administrativa. Además se declaró la inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos bienes.

Años después, mediante Real Decreto de 2 de Julio de 1930 (Gaceta del 5), se reguló la enajenación, venta, subasta y exportación de los objetos y monumentos artísticos, históricos y arqueológicos; que, no obstante su importancia, se aplicó muy poco.

Por ello, la importante legislación republicana sobre este patrimonio se preocupó, tempranamente, regulándolas, de la enajenación y venta de obras de arte y de cultura (Decreto de 22 de Mayo, Gaceta del 23, y Ley de 10 de Diciembre de 1931, Gaceta del 12).

Posteriormente, y sobre la base de las referencias al patrimonio histórico y artístico del artículo 45 de la Constitución de 1931, se aprobó la Ley de 13 de Mayo de 1933, sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional (Gaceta del 25), que, junto con su Reglamento aprobado por Decreto de 16 de Abril de 1936 (Gaceta del 17), constituye un verdadero código regulador de los bienes histórico-artísticos.

Si bien el ámbito de aplicación de esta legislación se configuraba en términos amplios y omnicomprensivos (pues incluye «cuantos inmuebles y objetos muebles de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico haya en España de antigüedad no menor de un siglo», e incluso sin tener tal

antigüedad), sin embargo, la Ley de 1933 era fundamentalmente una ley de protección de los bienes inmuebles, a los que dedicaba una buena parte de su texto.

El Título III de la Ley se dedica a los «objetos muebles», claramente en un segundo plano respecto a los bienes inmuebles, continuando así lo establecido en el Real Decreto-Ley de 1926. La preocupación del texto legal, respecto a estos bienes, es regular, de forma rigurosa, su régimen de circulación (con control administrativo y previsión del derecho del tanteo, art. 41) y fuertes restricciones para su salida del territorio nacional (limitando su exportación e imponiendo medidas para desincentivarla y obstaculizarla, arts. 43 a 54).

Además, alguna referencia sobre este tipo de bienes se recoge al regularse las excavaciones o los Museos. Asimismo, se obliga a formar el «inventario del patrimonio histórico-artístico», como instrumento fundamental para cumplir los objetivos legales, al pretenderse un real conocimiento de los bienes a proteger.

Posteriormente, y hasta la Ley estatal vigente en la actualidad, no se aprobará normativa específica sobre bienes muebles históricos, si bien algunas normas, hacen referencias a ellos y a algunos tipos específicos (normas sobre contrabando, sobre defensa del tesoro documental y bibliográfico, etc.).

No obstante, este visible desequilibrio entre la protección jurídica de los bienes muebles e inmuebles, debe señalarse que la protección jurídica de los bienes muebles históricos ha existido en nuestro ordenamiento jurídico desde hace mucho tiempo; destacando así su real trascendencia, aunque, quizás, no en todo su sentido.

II. TIPOS DE BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

La aplicación de cualquier norma jurídica (y, en particular, de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, BOE del 29, por el relevante objeto de la misma, y de todo este ordenamiento, que, según el art. 1-1.º, es «la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras» del mismo) exige la delimitación de su ámbito de aplicación, la definición de los bienes a los que se les aplicarán las medidas de protección previstas.

La Ley del Patrimonio Histórico Español, y, también, alguna norma autonómica, según el orden constitucional de competencias, utilizan diversos criterios para delimitar su ámbito de aplicación y protección.

En efecto, el art. 1-2.º, LPHE, delimita el contenido del «patrimonio histórico español», al señalar que integran este

«... los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico».

Este concepto, muy amplio, es el que la Ley utiliza para llevar a cabo las medidas jurídicas de protección, al unificar y homogenizar el variado conjunto de bienes a los que se les aplica el texto legal. Además, todos los bienes mencionados, y portadores de esos valores, pueden ser susceptibles de protegerse a través de alguno de los regímenes establecidos, previa incoación y finalización del procedimiento formal establecido; es decir, todos ellos, potencialmente, pueden ser objeto de alguno de tales regímenes.

Por otra parte, en general, el criterio definidor de la integración de los bienes en el «patrimonio histórico español» es el concepto del «interés» o del «valor» que representan, en relación con los calificativos señalados (artístico, histórico, etc.); si bien no siempre es así.

Sobre la definición anterior, la LPHE permite delimitar el régimen jurídico de protección según la naturaleza real o física de los bienes incluidos en su ámbito, por las características intrínsecas de los mismos. Así, la Ley prevé, claramente, regímenes distintos para los bienes inmuebles (Título II) y para los bienes muebles (Título III), justificándose las medidas de protección en la realidad de esa diferente naturaleza física, e incluyendo un régimen común a ambos (Título IV). Además, en los Títulos V, VI y VII, la LPHE ha singularizado tres regímenes jurídicos a unos determinados bienes (inmuebles o muebles), precisamente basándose en las peculiaridades físicas o reales de los mismos (patrimonios arqueológico, etnográfico y documental y bibliográfico), y, también, a su consideración de patrimonios especiales a lo largo de la Historia.

Los bienes que respondan a la definición del art. 1-2.ª, LPHE, y que ostenten las características físicas o reales mencionadas, pueden ser clasificados (y aplicarse, así, el régimen jurídico de protección específico) en función de la peculiar relevancia de los mismos para el patrimonio histórico español; permitiendo, de esta forma, que en función de la calidad de los bienes se les someta a un régimen jurídico de protección más estricto. Así, se prevén los Bienes declarados de Interés Cultural (Título 1, arts. 9 a 13, LPHE), los Bienes (muebles) integrados en el Inventario General (arts. 26 y ss.) y el

resto de los bienes no integrados en las categorías anteriores, pero incluidos en el patrimonio histórico español, según el mencionado art. 1-2.º, LPHE. No obstante, y a pesar de la utilidad de la clasificación (usada a menudo en el ordenamiento jurídico-administrativo), la LPHE no permite obtener todas las posibles consecuencias positivas de esta clasificación pues la categoría de bienes integrados en el Inventario General únicamente es aplicable a los bienes muebles (art. 26; primero del Título III-LPHE, «De los bienes muebles»); disfunción que, con acierto, ha sido corregida en algunas leyes autonómicas.

Establecido lo anterior, procede, ahora, describir el régimen jurídico de los bienes muebles integrados en el patrimonio histórico español, con carácter general y en términos amplios, incluyendo las medidas de protección.

III. CONCEPTO Y CLASES DE BIENES MUEBLES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

A. CONCEPTO: TRASCENDENCIA Y DIFICULTADES

A pesar de lo intuitivo de la definición de «bienes muebles», por su vinculación a la característica física de su movilidad o transporte de un lugar a otro, por su propia actividad o derivada de la humana, es conveniente su definición precisa ya que el régimen jurídico de protección aplicable, previsto en la Ley, deriva de la misma y de la utilización de criterios legales diversos, en función de los cuales se pueden incluir o excluir, como bienes muebles o inmuebles, bienes que físicamente pueden o no tener las características reales de los mismos. Aunque hay un régimen de protección común a bienes muebles e inmuebles, la LPHE incluye un régimen específico de los bienes muebles.

A pesar de contar con el precedente del art. 14, que define los «bienes inmuebles», la LPHE no incluye definición alguna de «bienes muebles» (definición que, acertadamente, sí incluyen algunas Leyes Autonómicas); por lo que, debemos acudir a la Legislación Civil.

De acuerdo con el artículo 335 del Código Civil «se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se puedan transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos».

Esta definición debe matizarse en relación con la última frase, que presupone que el bien mueble está unido al inmueble, al excluir los bienes que no tuvieran relación alguna con los inmuebles. Por ello, deberá entenderse, jurí-

dicamente, como aquellos bienes que puedan moverse o transportarse de un lugar a otro sin deterioro, daño o menoscabo de su naturaleza como tal. Asimismo, el precepto les da a los bienes muebles un cierto carácter residual: lo son todos aquellos a los que la Ley no define ni considera expresamente como bienes inmuebles.

Además, deben precisarse diversas circunstancias que afectan a la definición del Código Civil, y a la propia de «bien mueble»:

- Si la unión de bienes a que se refiere el art. 335 del Código Civil es permanente y fija, no siendo posible la separación sin daño material, parece claro que nos encontraríamos ante un bien inmueble (así se prevé en el art. 334-3.º, C.c., y en el propio art. 14-LPHE).
- Si la unión entre los bienes proviene de una relación de dependencia, de subordinación, de accesoriedad o de una vinculación con el inmueble, es posible que el bien mueble pueda transportarse, pero tendrá la consideración de inmueble en función de su destino (así, p. ej., en el art. 334-4.º, C.c., sobre estatuas, pinturas u otros objetos colocados en edificios de forma que se revele el propósito de unirlos a los mismos de forma permanente, en el art. 334-5.º, C.c., sobre instrumentos o utensilios destinados a industrias o explotaciones y a satisfacer sus necesidades, y en el mismo art. 14-LPHE).

De acuerdo con lo señalado más arriba, el carácter residual con el que se prevén los «bienes muebles» en el Código Civil obliga a partir del concepto de «bien inmueble»: serán «bienes muebles» aquellos que no sean considerados como «inmuebles» a efectos legales, y esto aunque por su naturaleza, es decir, que puedan transportarse sin daño ni menoscabo, puedan considerarse bienes muebles.

Surgen así los conceptos de «incorporaciones», «partes accesorias», «partes consustanciales», «partes integrantes» y «pertenencias» en relación con bienes inmuebles, o también el concepto de «bienes inmuebles por su destino».

No asumiendo lo establecido en el ordenamiento francés (que, en la Ley de 1913, sólo aplica las reglas relativas a los inmuebles a los que lo son por naturaleza), la legislación española (ya desde el Real Decreto-Ley de 1926, art. 4) prevé una serie de objetos muebles que no tienen jurídicamente tal carácter, sino que se consideran bienes inmuebles a todos los efectos. Así lo señala el art. 14 1.º, LPHE, al considerar bienes inmuebles, además de los enumerados en el art. 334-C.c., «cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de un exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan

un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos»

Por tanto, la LPHE considera «bienes muebles» aquellos que, aún en el caso de poder ser separados del inmueble por naturaleza, constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original y aunque la separación no perjudique visiblemente el mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos (separación que, de acuerdo con los arts. 334-3.º y 335-C.c., obligaría a considerarlos bienes muebles).

Por otro lado, el precepto citado se refiere a los «elementos consustanciales» con los inmuebles por naturaleza, para calificarlos como bienes inmuebles, aunque físicamente no lo sean. Así, se incluirían como bienes inmuebles no sólo los elementos que guardan una relación de subordinación, dependencia o accesoriedad con edificios o construcciones, sino también aquellos elementos u objetos que no cumplen todos los requisitos que caracterizan a los inmuebles por destino (previstos en el art. 334-C.c., y que son destino, relación de servicio y permanencia o estabilidad del vínculo), pues, de lo contrario, no tendría mucho sentido la previsión del art. 14-LPHE respecto a lo establecido en el Código Civil; suponiendo, por ello, una ampliación de lo previsto en este último.

Asimismo, debemos referirnos a los bienes, jurídicamente, muebles vinculados a bienes inmuebles, que se diferencian de los supuestos anteriores.

Este es el caso previsto en el art. 27-LPHE, al referirse a bienes muebles, que en todo caso, tienen la consideración de bienes de interés cultural cuando se hallan contenidos en un inmueble declarado bien de interés cultural en el caso de que la declaración citada reconozca a tales bienes muebles «como parte esencial de su historia». Esta «esencialidad» a que se refiere el precepto se distingue claramente del supuesto anterior, ya que ahora el bien mueble tiene plena sustantividad por sí mismo, contribuyendo únicamente a explicar mejor la historia del inmueble en el cual se halla contenido (relación, pues, más estrecha con los valores históricos del mismo que con el propio inmueble o edificio); vinculación especialmente intensa, por ello, que se manifiesta en la misma declaración de interés cultural. En consecuencia, tal como ha explicado ALEGRE ÁVILA, estos bienes conservan su identidad y singularidad como bienes muebles (características que no desaparecen o diluyen por su relación con el edificio o inmueble por naturaleza), declarándose bienes de interés cultural, por mandato legal, debido al carácter explicativo de la historia del bien inmueble de interés cultural, y no por la relación de dependencia, subordinación o accesoriedad con este último.

En relación a este supuesto, algunas leyes autonómicas suprimen el término «esencial», y lo sustituyen por «bienes muebles vinculados» o «inseparables», introduciendo así un nuevo concepto y cierta confusión sobre estas cuestiones, pues se prescinde de incidir en lo que jurídicamente sean bienes inmuebles, sin referencia alguna a las relaciones señaladas (accesoriedad, consustancialidad, etc.). Sin embargo, a pesar de la poca precisión conceptual, esta legislación sí plantea la necesidad (aceptable y oportuna) de ampliar el ámbito de protección de los bienes inmuebles a otros bienes (que, jurídicamente, son muebles) en estrecha relación con ellos; y, en última instancia, se pone en duda la consideración de los bienes muebles como categoría residual respecto a los bienes inmuebles.

Además de los supuestos anteriores, la LPHE alude, al tratar de los bienes inmuebles, a las «partes integrantes o pertenencias» de éstos. Esta referencia se hace en el art. 19-1.º al exigir previa autorización administrativa para realizar cualquier obra en los monumentos declarados bienes de interés cultural «que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias».

B. CLASES DE BIENES MUEBLES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

La necesidad de proteger determinados bienes, en el ámbito del ordenamiento jurídico y de la realidad a que nos referimos, no deriva de su pertenencia o titularidad (pública o privada), de su antigüedad (aunque pueda influir) o de su valor comercial, entre otras cuestiones (si bien pueden tener influencia, en determinadas cuestiones concretas), sino del valor o interés cultural que soporten y conlleven.

En efecto, la LPHE introduce un sistema de protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico español basado en el valor o interés cultural de los mismos, distinguiendo diversos niveles de protección y, por ello, dando lugar a varias categorías legales de bienes históricos, con su correspondiente régimen jurídico de protección y tutela.

Como es sabido, la Ley estableció el máximo nivel de protección para los bienes que se declaren de interés cultural, siendo posible incluir bienes muebles e inmuebles (arts. 1-2.º y 3.º, y 9 a 13-LPHE) , y, seguidamente, en un segundo nivel, para los bienes que se incluyan en el Inventario General, aplicable exclusivamente a los bienes muebles (arts. 1-2.º y 3.º, y 26-LPHE y 24 y ss., del Reglamento, aprobado por Real Decreto 111/1986, de 10-Enero, BOE del 28, modificado por RD 64/1994, de 21-Enero, BOE 2-Marzo) , que no siendo declarados de interés cultural «tengan singular relevancia». Esta

distinción de niveles de protección y categorías de bienes, que hace que los tipos de bienes no coincidan en una y en otra (bienes muebles e inmuebles en la primera y únicamente bienes muebles en la segunda), provoca ciertas disfunciones, complejidades y también perplejidad, al no comprenderse bien la justificación por la que el segundo nivel (los bienes inventariados) únicamente incluyan muebles, y no bienes inmuebles, ya que ambas categorías se integran por los bienes más relevantes del patrimonio histórico español, es decir, aquellos cuyo valor o interés (histórico, artístico, etc.) es más destacable; relevancia e interés o valor que da lugar a dos categorías en función de su calidad, pero de la cual no surge una nueva distinción de tipos de bienes, pues de la calidad de los bienes no deriva que en una se incluyan muebles e inmuebles y en la otra únicamente los primeros. Distinción no prevista, por otra parte, en la legislación histórica ni en el Proyecto de Ley original publicado el 14 de Septiembre de 1981; siendo suprimida en la legislación autonómica, que recogen categorías de bienes en función de su calidad, pero sin distinguir bienes, al incluir en ellas, indistintamente, bienes muebles e inmuebles.

Junto a estas dos categorías de bienes protegidos, la LPHE (art. 1) incluye una tercera para bienes portadores de algún interés o valor (histórico, artístico, etc.), pero insuficiente para integrarse en las anteriores; por lo que el nivel de protección es de menor intensidad, muy leve. Estos bienes, teniendo alguno de los valores del art. 1-2.º, LPHE, se integran en el Patrimonio Histórico Español sin necesidad de ningún acto formal que lo declare.

Finalmente, deben tenerse en cuenta los denominados Patrimonios Especiales (arqueológico, etnográfico, documental y bibliográfico), que se mencionan específicamente en la LPHE, y cuyo régimen jurídico se remite a las disposiciones aplicables en función de su categoría y el tipo de bien, sin perjuicio de preverse algunas medidas concretas (arts. 40, 46, 48 y 50).

Por ello, las notas que caracterizan el Patrimonio Histórico Español son la amplitud y la indeterminación; cuestión que, por cierto, se ha hecho más compleja al crear las Leyes Autonómicas nuevas categorías de bienes no previstas en la LPHE e introducir nuevas terminologías.

Si bien el esquema normativo y de protección parece adecuado (salvo esa disfunción señalada), al hacerlo derivar del interés o valor de los bienes, la problemática mayor deriva de la dificultad para encontrar la exacta identificación del interés requerido, del que depende la aplicación del nivel de protección.

De acuerdo con lo señalado, la LPHE (y algunas Leyes de Comunidades Autónomas, que han mejorado el esquema estatal) introduce tres categorías

de bienes del Patrimonio Histórico Español y regula específicamente los Patrimonios Especiales.

a) Bienes muebles de interés cultural

Con carácter general, «los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural» (art. 1-3.º, LPHE); gozando «de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural» (art. 9-1.º, LPHE). Constituye, pues, la máxima categoría de protección de los bienes culturales en nuestro ordenamiento jurídico.

Tanto los bienes inmuebles como los bienes muebles pueden ser declarados, en atención a la «singular protección y tutela» que se les pretende aplicar, como Bienes de Interés Cultural, mediante el procedimiento establecido en los arts. 9 y ss.-LPHE y 11 y ss.-Reglamento, o por ministerio de la propia Ley (así, Disp. Ad. 1.ª y 2.ª, arts. 40 y 60-LPHE, que incluyen también algunos bienes muebles).

La declaración de los bienes muebles como Bienes de Interés Cultural está expresamente prevista en los arts. 27-LPHE y 12-Reglamento, al señalar el primero que «los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español podrán ser declarados de interés cultural»; añadiendo, como es sabido, que «tendrán tal consideración, en todo caso, los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia» (art. 27-segunda frase, LPHE). No obstante, la Ley no prevé ninguna denominación específica para los bienes muebles declarados de interés cultural.

Esta declaración de Bien de Interés Cultural, como es sabido, no se otorga para integrar los bienes en el ámbito de aplicación de la Ley, en el Patrimonio Histórico Español (integración que se produce al disponer de alguno de los valores previstos en el art. 1-2.º, LPHE), sino para conferirle una especial protección y tutela, que los distingue de todos los restantes bienes incluidos en el ámbito de aplicación de la propia Ley.

El sistema de protección previsto en la LPHE para todos los Bienes de Interés Cultural, incluidos los muebles, tiene por finalidad preservar los valores y el interés existentes en los mismos, y que les han hecho merecedores del nivel de protección más alto establecido en la Ley. Ninguna otra categoría de bienes goza de una protección mayor.

Sin perjuicio de mayores precisiones, este régimen jurídico se traduce básicamente en el establecimiento de una serie de limitaciones en las faculta-

des del derecho de propiedad u otros derechos, así como en la obligación de contar con autorizaciones y licencias administrativas para llevar a cabo cualquier actividad relativa a los mismos, principalmente, con la finalidad última de garantizar la subsistencia del bien declarado de interés cultural y de sus valores.

b) Bienes muebles inventariados

Esta categoría de bienes muebles inventariados o integrados en el Inventario General constituye la segunda de las previstas en la LPHE en relación con los bienes muebles, ya que ésta se aplica exclusivamente a los mismos, y no a los inmuebles (arts. 1-3.º y 26-1.º, LPHE).

La inclusión de esta categoría se justifica en la mayor necesidad de conocer la realidad de los bienes muebles y en llevar a cabo acciones de protección frente a todo tipo de agresiones, por estar los mismos más fácilmente expuestos a sufrir daños o ser destruidos o ser exportados ilegalmente; ya que extender esta categoría a los bienes inmuebles no parece ser requerido obligatoriamente, pues el carácter de inmueble y las técnicas urbanísticas hacen más fácil, en teoría, impedir agresiones, particularmente en el caso de bienes no declarados de interés cultural.

El Inventario General tiene por objeto conseguir un adecuado conocimiento de los bienes muebles del patrimonio histórico español como base necesaria para establecer y llevar a la práctica mecanismos y medidas de control con la finalidad de evitar los daños y la expoliación de tal riqueza histórica.

No obstante, la precisión conceptual de estos bienes muebles a incluir en el Inventario General tiene dificultades prácticas no desdeñables. En efecto, el art. 26-LPHE se refiere a ellos como bienes «que tengan singular relevancia». En una primera aproximación al concepto, nos encontraríamos ante bienes integrados en el patrimonio histórico español, por el interés que representan (art. 1-2.º, LPHE), que puedan considerarse entre «los bienes más relevantes» del mismo (art. 1-3.º, LPHE) y, en concreto, han de tener «singular relevancia» (art. 26-1.º, LPHE), pero esta relevancia no ha de ser suficiente para ser declarados de interés cultural, en atención a la «singular protección y tutela» que se les pretende aplicar, y pasar a formar parte de la máxima categoría de protección de los bienes históricos. Alguna precisión mayor sobre este concepto hace el art. 24-Reglamento, al referirse a estos bienes como aquellos «no declarados de interés cultural, que tengan singular relevancia por su notable valor histórico, arqueológico, artístico, científico,

técnico o cultural», estableciendo, seguidamente (art. 26-Reglamento), una lista (abierta a futuras incorporaciones mediante Real Decreto) que, aunque pensada para otros fines, puede considerarse como un contenido mínimo del concepto de «bien mueble inventariado», en función de su naturaleza y valor económico. Cuestión que no deja de ser problemática debido a que la lista pueda tener omisiones (como de hecho tiene, p. ej. , con relación a los bienes de carácter paleontológico, científico o técnico), y esto aunque esté abierta a más supuestos así como a su estrecha relación con el fluctuante e impreciso valor económico de los bienes.

La LPHE y su Reglamento regulan (arts. 26 y 24 a 32, respectivamente) el procedimiento de inclusión de estos bienes en el Inventario General, a partir de lo cual surge el sistema jurídico de protección establecido con la finalidad de mantener y conservar «la singular relevancia por su notable valor» referida, y siempre menor que para los bienes de interés cultural.

Sin embargo, y a pesar de que la Ley sí expresó la diferente calidad de ambas categorías, no hay una nítida diferenciación real entre los regímenes jurídicos relativos a las mismas.

c) Restantes bienes muebles del patrimonio histórico

La LPHE establece, como es sabido y se señala en su Exposición de Motivos, distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales y los consiguientes regímenes de protección.

La más genérica, y de menor nivel cualitativo, es la relativa a aquellos bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español (art. 1-2.º, LPHE) por poseer el interés y el «valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal» (EM-LPHE), y que, no obstante, no se integran en ninguna de las categorías anteriores.

Estos bienes, y a pesar de no tener la relevancia de los dos anteriores, constituyen el contenido más numeroso del Patrimonio Histórico Español y la esencia del mismo, si bien se estima, o se ha estimado, que no tienen el valor o la utilidad cultural para integrarse en las dos categorías superiores.

Por ello, su nivel cualitativo de protección es mínimo, muy leve. No obstante, y siguiendo la teoría de los bienes culturales, el art. 36-1.º, LPHE, obliga a que «los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes»; pre-

cisándose, además, y por ello, que los propietarios o poseedores de los mismos «con más de cien años de antigüedad» deberán obtener para su exportación (o salida del territorio español) autorización administrativa expresa y previa (art. 5-LPHE).

No obstante, todos los bienes portadores de los valores enumerados en el art. 1-2.º son susceptibles de ser incluidos en uno de los regímenes específicos de protección previa declaración formal. Este precepto, pues, incluye la potencialidad de declaración o de integración en el Inventario de todos los bienes mencionados, que forman el «Patrimonio Histórico Español».

d) Los patrimonios especiales y los bienes muebles

Dentro de la visible ampliación del concepto de «patrimonio histórico español», en la Ley de 1985 se integra la regulación de los denominados «Patrimonios Especiales» (arqueológico, etnográfico y bibliográfico y documental), por contraposición a los bienes muebles e inmuebles, cuyo régimen de protección, en función de su categoría, es el general, y por haber estado regulados en el pasado de forma específica.

Estos «patrimonios especiales» se integran por bienes (muebles e inmuebles y también inmateriales) en los que concurren características físicas o singulares valores o intereses, de tal forma que, para su regulación jurídica, pueden ser agrupados en conjuntos orgánicos, a los cuales se les aplican ciertas normas específicas y que pueden ser declarados de interés cultural o inventariados, según los casos.

Sustantivamente, los tres patrimonios especiales pueden integrarse, de forma cuantitativamente importante, por bienes muebles al encarnar, en su caso, los valores relativos a cada una de ellos.

Así, en primer término, en el Patrimonio Arqueológico se integran «los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica» y «los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes» (art. 40-1.º, LPHE); incluyendo, claramente, bienes muebles.

La característica más destacable de su régimen específico es que se consideran bienes de dominio público (art. 44-1.º, LPHE); declaración que supone limitaciones importantes para ellos, en particular respecto a su imposibilidad de transmisión. Además, y siempre que cumplan los requisitos y procedimientos previstos, los bienes muebles del patrimonio arqueológico pueden ser declarados de interés cultural o inventariados, según los casos, aplicándoseles el régimen jurídico de protección correspondiente.

En segundo término, en el Patrimonio Etnográfico, el art. 46-LPHE incluye «los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales»; definición que refleja claramente la ampliación del concepto de patrimonio histórico español ya señalada, y que se reafirma en el art. 47-3.º, LPHE.

Además, el art. 47-2.º, LPHE, establece que se consideran bienes muebles de carácter etnográfico «todos aquellos objetos que constituyan la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente». Su régimen jurídico se hace derivar de su condición de bienes muebles, al remitirse el mismo a los Títulos III y IV-LPHE, que precisamente lo establecen (art. 47-2.º, LPHE).

Finalmente, se regula el Patrimonio Documental y Bibliográfico (arts. 48 a 66-LPHE), cuyo contenido son bienes muebles con características específicas (así, el concepto de «documento», previsto en el art. 49-1.º, LPHE, y el contenido de «patrimonio bibliográfico» del art. 50-LPHE, teniendo en cuenta con carácter general lo establecido en el art. 48.LPHE).

Sin perjuicio de que la Ley incluya un régimen específico (p.ej., las previsiones del art. 50 sobre el contenido del patrimonio documental, las obligaciones generales de sus poseedores, del art. 52, o la confección del Censo del Patrimonio Documental y del Catálogo del Patrimonio Bibliográfico, del art. 51), debe destacarse que los bienes de este patrimonio (por ser de naturaleza mueble) «que tengan singular relevancia» serán incluidos en una Sección Especial del Inventario general, conforme al procedimiento previsto en la Ley para los bienes muebles con carácter ordinario (arts. 53 y 26- LPHE). Además, los actos de disposición, exportación e importación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico se someten, totalmente, al régimen jurídico de los bienes muebles del art. 5 y de los Títulos III y IV-LPHE que les sean aplicables (art. 56).

IV. EL INVENTARIO GENERAL DE BIENES MUEBLES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

A. ASPECTOS HISTÓRICOS Y GENERALES

El Inventario General de Bienes Muebles (o instrumentos similares con otro nombre) ha sido uno de los grandes fracasos de la legislación histórica y cultural.

Su trascendencia radica en que constituye el instrumento esencial para determinar qué bienes muebles forman parte de la categoría correspondiente y el instrumento que permite aplicar a tales bienes el régimen jurídico de protección establecido en la legislación correspondiente.

Históricamente, hace años que se realizaron intentos para confeccionar este instrumento, si bien todos fracasaron: Real Orden de 3 de Marzo de 1840 (que constituye el primer intento; se refiere a sepulcros de Reyes y personajes célebres); Real Orden de 2 de Abril de 1844 (por la cual se encarga a los Gobernadores Civiles notificar los edificios, monumentos y objetos artísticos afectados por la desamortización que merezcan ser conservados), y Real Decreto de 14 de Febrero de 1902 (que incluye la formación de un Inventario general del patrimonio por provincias, con referencias a monumentos). Además, algunas normas sobre bienes inmuebles tienen la misma finalidad.

Ya en el siglo xx, las sucesivas leyes y normas sobre patrimonio histórico-artístico se preocupan, en relación con los bienes muebles, mucho más de impedir o dificultar la salida del territorio nacional que de lograr su descripción, conocimiento e individualización.

Se ha de esperar hasta el Decreto de 12 de Junio de 1953, que «en desarrollo» de la Ley de 1933 y del Reglamento de 1936, ordenaba la formación del Inventario del Patrimonio Histórico-Artístico (completando así el Catálogo Monumental de España, previsto en los años cuarenta). Siguiendo lo previsto en las normas citadas, el Inventario citado comprendía «cuantos inmuebles u objetos muebles de interés artístico, arqueológico, histórico y etnográfico o folklórico haya en España de antigüedad no menor de un siglo, y también aquellos que, sin esta antigüedad, tengan valor artístico o histórico indiscutibles, exceptuándose las obras de los autores no fallecidos». Además, debían incluirse «las minas o yacimientos prehistóricos, los edificios declarados y registrados como Monumentos Nacionales, los jardines artísticos, conjuntos urbanos y parajes pintorescos que deban preservarse de destrucciones o reformas perjudiciales», exceptuando la riqueza bibliográfica o documental.

Posteriormente, y partiendo de estas amplias definiciones, la normativa sobre comercio de obras de arte y antigüedades (Decretos de 27 de Enero de 1956, 6 de Febrero de 1960 y 2 de Junio de 1969) incluía en estos conceptos a los bienes muebles integrados en el Inventario o que debieran estarlo.

Sin embargo, en estas normas no se produce la individualización de los bienes muebles para integrarlos en una de las categorías legales de protección.

Será la legislación estatal vigente la que, de acuerdo con la nueva concepción del patrimonio cultural, vincule esencialmente los bienes muebles,

su singularización e individualización en el Inventario y la concepción de una categoría legal de protección.

Como se ha señalado, la LPHE recoge, en relación con los bienes muebles del Patrimonio Histórico Español, dos grandes categorías legales de protección: los Bienes de Interés Cultural (incluyendo bienes muebles e inmuebles) y los bienes muebles integrados en el Inventario General (que, como se ha señalado, únicamente integra a estos últimos) (art. 1-3.º).

Esta última, como es sabido, no es una mera relación de bienes, como en el pasado, sino que constituye una categoría legal de protección que hace aplicarles a los mismos un régimen jurídico determinado, constituido por derechos y deberes de sus propietarios o poseedores, en particular limitaciones de uso y transmisión.

B. COMPETENCIAS Y ORGANIZACIÓN

El art. 26 1.º, LPHE, establece que «la Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia»; «por su notable valor histórico, arqueológico, artístico, científico, técnico o cultural», añade el art. 24-1.º del Reglamento.

De acuerdo con lo previsto en la Ley, el Inventario General se regula con detalle en el Reglamento de aplicación de la Ley, aprobado por Real Decreto 111/1986, de 10 de Enero (BOE del 28), y modificado, en particular, mediante Real Decreto 64/1994, de 21 de Enero (BOE de 2 de Marzo).

El art. 28-RPHE reitera la competencia estatal sobre la confección del Inventario General, al señalar que la misma la llevará a cabo el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en colaboración con las Comunidades Autónomas.

La creación del Ministerio con esta denominación se produce mediante Real Decreto 557/2000, de 27 de Abril (BOE del 28), siendo establecida su estructura básica por Real Decreto 691/2000, de 12 de Mayo (BOE del 13) y Real Decreto 1331/2000, de 7 de Julio (BOE del 8).

La formación del Inventario General corresponde, en la actualidad, a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, integrada en la Secretaría de Estado de Cultura del propio Ministerio; correspondiendo la ejecución concreta de esta función a la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico, precisándose que, más concretamente, le

corresponden funciones de formación y actualización (arts. 24-RPHE y 1, 7 y 8-R. D. 1331/2000).

El régimen del Inventario General de Bienes Muebles se regula, con poco detalle, en el Título II del Reglamento, relativo a «los Instrumentos Administrativos».

El RPHE reitera la necesaria colaboración, en la confección del Inventario, de las Comunidades Autónomas (art. 24-6.º), y precisa los propietarios o poseedores de los bienes muebles que están obligados a comunicar su existencia a la Administración competente, antes de su venta o transmisión a terceros, según lo previsto en la LPHE (arts. 26-4.º-LPHE y 26-RPHE). De hecho, este último recoge, con criterios económicos y sustantivos, un concepto material de bien mueble incluido en esta categoría, aunque, como hemos señalado, de forma incompleta.

Respecto a los datos de los bienes incluidos en el Inventario (cuestión, por otra parte, esencial, ya que, como sabemos, de ello depende la aplicación del régimen de protección establecido, por lo que la precisión sobre los bienes es verdaderamente trascendental), el RPHE establece que se anotarán una descripción suficiente del bien para su identificación y otros datos del extracto del expediente de inclusión, la fecha de inscripción en el Inventario, las transmisiones y traslados de los mismos, así como los anticipos reintegrables concedidos por la Administración General del Estado conforme al art. 36-3.º, LPHE (arts. 24 y 30-RPHE). Datos y actos consignados de los que el Inventario da fe únicamente a los efectos de la Ley del Patrimonio Histórico Español (art. 24-5.º, RPHE).

Todos los bienes muebles, una vez inscritos en el Inventario General, por los órganos administrativos señalados, tendrán un código de identificación (art. 24-2.º, RPHE). Inscripción y código que el Ministerio comunica a los interesados (art. 30-4.º, RPHE).

No se permite la consulta pública de los datos relativos a la situación jurídica, localización y valoración económica de los bienes sin el consentimiento expreso del titular, conforme al art. 57-1.º, c, LPHE (que, por cierto, exclusivamente se refiere a bienes documentales). No obstante, se permite dicho acceso, sin consentimiento del titular y previa solicitud razonada con fines de investigación ante la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico, adoptando medidas de protección y sin desvelar en ningún caso los datos mencionados (art. 25-RPHE).

C. PROCEDIMIENTO DE INCLUSIÓN DE BIENES EN EL INVENTARIO GENERAL. SU EXCLUSIÓN

El hecho de que el Inventario General sea, además de una relación y descripción de los bienes del Patrimonio Histórico Español integrados en esta categoría, un elemento determinante para la aplicación del estatuto de protección previsto en el ordenamiento para los mismos trae consigo que tal inclusión en el Inventario se produzca por medio de un procedimiento administrativo, cuya finalidad última es determinar que el bien concreto tiene los valores necesarios para ser incluido en esta categoría, y que son objeto de protección (arts. 26-LPHE y 24-RPHE).

Conforme a la doctrina de la STC 17/1991, de 31 de Enero, el art. 29-RPHE (reformado en 1994, respecto a esta cuestión) establece que la inclusión en el Inventario corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, únicamente, si se trata de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional; rigiéndose el procedimiento, en este caso, por las normas contenidas en el Reglamento. En los restantes supuestos (que son, por cierto, los más comunes y habituales), la inclusión será competencia de las Comunidades Autónomas, y su tramitación se regirá por su propia normativa.

A los efectos de confección del Inventario General, las Administraciones competentes podrán recabar a los titulares de los bienes el examen de los mismos y las informaciones pertinentes para su inclusión (art. 26-2.º, LPHE). Obligación que se justifica por la necesidad de investigar y determinar los valores de los bienes que son objeto de protección.

La incoación del expediente de inclusión puede ser de oficio (por las Administraciones competentes referidas) o a solicitud de los interesados (art. 30-1.º, RPHE), debidamente documentada ante la correspondiente Administración (art. 26-3.º, LPHE).

La incoación del expediente se notificará en todo caso a los interesados, procediéndose a su anotación preventiva en el propio Inventario, que deberá contener una descripción suficiente del bien para su identificación (art. 30-2.º, RPHE); anotación que permite aplicar al bien el régimen de protección de los inscritos, para evitar su desaparición, salida ilegal de España o que sea dañado. Esta cuestión, con carácter general, estaba más claramente establecida en el Reglamento anterior a la reforma de 1994. No obstante, esta protección se prevé en el art. 45-RPHE, respecto a la exportación de estos bienes, y, de forma general, en relación con los bienes de interés cultural, en el art. 11-LPHE.

El expediente administrativo de inclusión en el Inventario se tramitará siguiendo las normas generales de procedimiento administrativo y las particulares establecidas en el propio Reglamento (art. 30-3.º). El extracto del expediente se prevé en el Anexo I de este mismo, según los casos.

En este caso, es resaltable que la legislación estatal no precise del informe de las Instituciones consultivas, como en el caso de la declaración como bienes de interés cultural, justificándose en la teórica menor relevancia de los bienes inventariados respecto a los de interés cultural, en cuyo caso el informe se exige (art. 9-2.º, LPHE). Esta no exigencia del informe consultivo no deja de ser sorprendente y criticable, ya que su finalidad es contribuir a determinar el valor a proteger en el bien que pretende protegerse (y esto debería aplicarse a las dos categorías de bienes).

El procedimiento finaliza con la inclusión del bien en el Inventario General, notificándose por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a los interesados, indicando el código de identificación del mismo (art. 30-4.º, RPHE). La resolución debe producirse en el plazo de cuatro meses (art. 26-3.º, LPHE).

La inclusión del bien en el Inventario produce ciertos efectos jurídicos que constituyen un verdadero estatuto de protección del mismo, tendente a preservar el valor o los valores que tiene el bien y refleja la inclusión en el Inventario.

Si el procedimiento de inclusión en el Inventario tiene por finalidad determinar los valores de un bien necesarios para ser incluido en esta categoría de protección, es lógico que el ordenamiento prevea otro procedimiento, idéntico, pero de sentido contrario, para excluir el bien del Inventario, si ha perdido tales valores o si, por otras razones, se estima que no debe seguir en el mismo. Este procedimiento de exclusión (que, como señalamos, es idéntico al anterior, pero de sentido opuesto) se prevé en los arts. 31 y 32- RPHE, y su resolución provoca la cancelación de la inscripción del bien en el Inventario General.

V. EL SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES MUEBLES HISTÓRICOS

La inscripción de un bien mueble en el Inventario General lleva consigo la aplicación de un estatuto jurídico de protección dirigido a la preservación de los valores del bien, y del mismo.

Este estatuto de protección, de acuerdo con la ordenación sistemática de la LPHE, incluye medidas específicas sobre los bienes muebles (Título III), medi-

das comunes a bienes muebles e inmuebles (Título IV) y otras normas de aplicación general (p.ej., las de fomento o las sancionadoras) (Títulos VIII y IX).

A. MEDIDAS ESPECÍFICAS RELATIVAS A LOS BIENES MUEBLES.

LAS LIMITACIONES A LA MOVILIDAD Y TRANSMISIÓN DE ESTOS BIENES

Los bienes muebles, tal como hemos señalado, tienen como característica física su fácil y sencilla movilidad y transmisión; cuestión que constituye su principal peligro y riesgo, por su facilidad de deterioro, desaparición o destrucción, así como su salida ilegal del territorio nacional.

Por esto, una parte importante de las medidas de protección previstas en la legislación estatal tienen por finalidad identificar y describir el bien concreto, así como limitar su movilidad y transmisión ilegales.

Así, con la finalidad de detectar la existencia de los bienes muebles de valor histórico, el art. 26-4.º, LPHE, dispone que los propietarios o poseedores de los mismos, que reúnan el valor y características que se señalen reglamentariamente (cuestión que señala, como sabemos, el art. 26-RPHE, en función de la incoación del expediente de inscripción en el Inventario, su valor económico y su antigüedad), quedan obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Igual obligación se establece para las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español. Además estos últimos deben formalizar ante la Administración un libro registro de las transacciones relacionadas con tales bienes (anotando los datos de las partes que intervienen en la transmisión, la descripción del bien y su precio). Esta comunicación y la formalización del libro registro se efectúan ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma, siendo posible que el Ministerio acceda a tales libros registros (arts. 26-4.º, LPHE, y 26-27, RPHE).

El art. 26-6.º, LPHE, establece ciertas reglas generales aplicables a los bienes muebles incluidos en el Inventario, que constituyen deberes para los propietarios o poseedores de los mismos:

- Deber de permitir en todo momento a la Administración competente la inspección del estado de conservación del bien;
- Permitir su estudio por investigadores, previa solicitud razonada;
- Permitir el préstamo de los bienes para exposiciones temporales, con las debidas garantías, organizadas por órganos estatales o autonómicos (art. 6-LPHE); y

- Comunicar las transmisiones («inter vivos» o «mortis causa») y otras modificaciones de la situación de los bienes a la Administración competente y anotarse en el Inventario.

La facilidad con que los bienes muebles protegidos pueden salir ilegalmente del territorio nacional obliga a que se prohíba la exportación, entre otros, de aquellos bienes que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración General del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe el oportuno expediente para incluir los mismos en alguna de las categorías de protección especial previstas en la Ley; siendo posible, por tanto, su aplicación a los bienes a integrar en el Inventario (arts. 5-3.º, LPHE y 51-RPHE).

No obstante, y teniendo en cuenta esta medida cautelar, la Legislación estatal permite la exportación de estos bienes protegidos; entendiéndose por tal la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, aun cuando tengan destino los Estados de la Unión Europea.

Sin embargo, el riesgo implícito en tal salida del territorio nacional hace que el legislador someta la misma a una autorización administrativa. En efecto, el art. 5-2.º, LPHE, prevé que los propietarios o poseedores de bienes con más de 100 años de antigüedad y, en todo caso, de los inscritos en el Inventario General precisan para su exportación de una autorización expresa y previa de la Administración General del Estado, según lo previsto reglamentariamente (arts. 45 y ss., RPHE).

Esta autorización administrativa de exportación se sujeta, según el art. 30-LPHE, a una tasa (que, no obstante, este precepto amplía a todos los bienes muebles del Patrimonio Histórico Español); siendo resaltante que el destino de la misma será exclusivamente la adquisición de bienes de interés para este Patrimonio. Esta tasa no se aplica a las salidas de bienes hacia los Estados Miembros de la Unión Europea, desde nuestra integración en 1986.

La regulación del permiso de exportación se realiza, con detalle, en los arts. 46 a 50-RPHE. El procedimiento se inicia con la solicitud del permiso por el interesado (en cuya documentación exigida es visible la finalidad de identificar perfectamente el bien, en particular cuando el mismo no está incluido en el Inventario General, así como la necesidad de que se incluya la declaración del valor del bien); seguidamente, es destacable el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El expediente se resuelve por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales en el plazo de 3 meses desde la solicitud; entendiéndose el silencio

administrativo como positivo y estimatorio de la solicitud, con remisión a la legislación de procedimiento administrativo común. El permiso de exportación, así concedido, cancela la inscripción correspondiente en el Inventario.

La LPHE prevé la adquisición del bien cuya exportación se haya concedido, con el valor declarado en la solicitud, por parte de la Administración estatal; y, en el caso de que la autorización no se haya concedido, la misma debe aceptar la oferta de venta, en seis meses y pagar lo que proceda en un año, mediante una Orden Ministerial; reintegrándose la libre disposición del bien a su titular en el caso de que la Administración incumpla los plazos señalados (arts. 33-LPHE y 50-RPHE).

Los bienes que sean exportados sin esta autorización administrativa pasan a pertenecer al Estado; es decir, se produce su apropiación pública «ex lege»; declarándose, además, tales bienes como inalienables e imprescriptibles. Por otra parte, corresponde al Estado realizar todos los actos necesarios para recuperar los bienes ilegalmente exportados (art. 29-LPHE, que establece ciertas matizaciones si el bien exportado ilegalmente fue previamente sustraído o se perdió). En todo caso, debe tenerse en cuenta la consideración de estas exportaciones ilegales de acuerdo con la legislación penal y de contrabando.

De la misma manera, también se sujeta a una autorización administrativa la salida temporal de España de estos bienes, por un plazo máximo que varía entre 5 y 20 años, según los tipos concretos de estos mismos. La autorización, que sigue un procedimiento prácticamente idéntico al del supuesto anterior, se concede, en su caso, por la misma Dirección General, estableciéndose las garantías necesarias con la finalidad de evitar la posibilidad de que el bien no retorne a España; precisándose que el incumplimiento de las condiciones de retorno provoca la consideración como exportación ilícita de tal salida del bien del territorio nacional y que, si el mismo se ha exportado legalmente, no trae consigo la aplicación del ejercicio del derecho preferente de adquisición (arts. 31-LPHE y 52 a 57-RPHE).

La LPHE establece un plazo de 10 años para que un bien importado legalmente, debidamente documentado y bien identificado, pueda ser declarado de interés cultural; requiriéndose autorización administrativa para su exportación, sin que pueda ejercitarse el derecho de adquisición preferente. Régimen que tiene un plazo temporal de 10 años, si bien es posible su prórroga, por concesión de la Administración General del Estado. No obstante, se prevé la posibilidad de declarar bienes de interés cultural a los bienes muebles con los valores correspondientes, por resolución de la Administración estatal, antes de los plazos señalados (art. 32-LPHE, según redacción de la Ley 50/1998, de 30 de Diciembre, BOE del 31, en su Disp. Ad. 38.^a).

El art. 34-LPHE permite la permuta con otros Estados de bienes muebles de titularidad estatal por otros de igual valor y significado histórico, previo informe de los órganos correspondientes.

Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de Instituciones eclesiásticas no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles; bienes que sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a Entidades públicas o a otras Instituciones eclesiásticas (art. 28-1.º, LPHE); prohibición que se amplía, mediante la Disposición Transitoria 5.ª, por 10 años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, y a todos los bienes muebles del Patrimonio Histórico Español (es decir, aunque no estén declarados de interés cultural ni inventariados); prorrogándose dicho plazo por otros 10 años más, mediante la Disposición Transitoria 1.ª, Ley 42/1994, de 30 de Diciembre (BOE del 31).

Con carácter general, los bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas, salvo las excepciones analizadas; declarándose imprescriptibles y no aplicándose lo previsto en el art. 1955 del Código Civil (art. 28-2.º y 3.º, LPHE).

Toda enajenación de bienes contraria a los casos del art. 28-LPHE será nula de pleno derecho (art. 44-RPHE).

B. DISPOSICIONES DE PROTECCIÓN COMUNES A BIENES MUEBLES E INMUEBLES

Para conseguir los objetivos constitucionales de conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Español es de extraordinaria importancia el control público sobre el uso de los bienes muebles históricos debido a su peculiar naturaleza física, de mayor incidencia que en caso de los bienes inmuebles.

En primer término, debemos resaltar el deber general de conservación y mantenimiento y custodia de los bienes por sus propietarios, titulares o poseedores. Si no se cumplen estas obligaciones, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ejecutar acciones de forma subsidiaria, otorgar ayudas económicas como anticipo reintegrable y ordenar su depósito en centros públicos (art. 36-1.º y 3.º, LPHE).

En segundo lugar, se prevé el deber de utilizar los bienes inventariados y declarados sin poner en peligro los valores que aconsejen su conservación; debiendo autorizarse cualquier cambio de uso por la Administración competente (art. 36-2.º, LPHE).

El incumplimiento de las obligaciones anteriores será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural (art. 36-4.º, LPHE).

La Administración puede impedir y suspender cualquier intervención en bienes en que concurran los valores del art. 1; debiendo resolver, en un plazo de 30 días, a favor de la intervención o proceder a incoar expediente de declaración de bien de interés cultural (art. 37-2.º, LPHE).

El art. 38-LPHE prevé la aplicación de los derechos públicos de tanteo y retracto respecto a bienes incluidos en el Inventario General, entre otros.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la especial obligación que incluye el art. 39-LPHE, al establecer que los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural y de los inventariados; añadiendo que las restauraciones de estos bienes respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes, siendo posible la eliminación de alguna de ellas mediante autorización de carácter excepcional, y siempre que los elementos a suprimir supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuese necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo; documentándose debidamente las partes suprimidas.

C. OTRAS NORMAS

Junto a las normas de protección de los bienes muebles descritas anteriormente, también deben tenerse en cuenta las medidas de protección relativas a los Patrimonios Especiales (Títulos V, VI y VII-LPHE, sobre patrimonio arqueológico, etnográfico y documental-bibliográfico), debido a que una parte importante de los bienes que los integran son de naturaleza mueble.

Asimismo, y finalmente, deben tenerse en cuenta las medidas de fomento y las normas sancionadoras, que incluyen, en su caso, las penales, que se aplican a todos los bienes protegidos por la legislación histórica.

VI. LOS BIENES MUEBLES HISTORICOS EN LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEON

Sin perjuicio de que existiesen algunas normas que tenían en cuenta la naturaleza de bienes muebles, en determinados casos (p.ej., con relación a prospecciones arqueológicas o respecto a los Patrimonios Especiales), el régimen jurídico de los bienes muebles históricos se contiene, completamente, de

acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Autonomía, en la Ley 12/2002, de 11 de Julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León (BOCYL, n.º 139, del 19 de Julio).

La Ley parte de un concepto amplio de patrimonio cultural, al incluir los bienes muebles e inmuebles de interés artístico, histórico, arquitectónico, paleontológico, arqueológico, etnológico, científico o técnico, así como el patrimonio documental, bibliográfico y lingüístico, y las actividades y el patrimonio inmaterial de la cultura popular y tradicional (art. 1-2.º). Añadiendo que los bienes más relevantes deberán ser declarados de interés cultural o inventariados (art. 1-3.º).

De acuerdo con el art. 7 pueden definirse tres categorías de bienes del Patrimonio Cultural de Castilla y León: los bienes en que se aprecien los valores definitorios de dicho patrimonio, los bienes inventariados y los bienes declarados de interés cultural. Además, también deben tenerse en cuenta los patrimonios especiales (arqueológico, documental, bibliográfico, etnográfico y lingüístico).

Respecto a los bienes muebles, la Ley no incluye definición alguna, haciéndolo únicamente respecto a los inmuebles (art. 7-2.º).

De acuerdo con la clasificación anterior, los bienes muebles pueden ser declarados de interés cultural (al igual que en la legislación estatal), tanto de forma individual o como colección, por reunir de forma singular y relevante las características establecidas en el art. 1-2.º; siendo posible, excepcionalmente, la declaración para obras de autores vivos (art. 8).

La Ley regula con detalle el procedimiento de declaración como bienes de interés cultural, debiendo resaltarse el necesario informe favorable de dos Instituciones Consultivas (previstas en el art. 6) y la inscripción en el Registro de Bienes de Interés Cultural de Castilla y León, dándose cuenta al Registro estatal (arts. 9 a 16).

En segundo lugar, los bienes muebles pueden ser inscritos en el Inventario de Bienes del Patrimonio Cultural de Castilla y León, que incluye los bienes muebles e inmuebles (lo cual es una novedad resaltable) que, sin llegar a ser declarados de interés cultural, merezcan especial consideración por su notable valor. Los bienes muebles pueden incluirse en el Inventario individualmente o como colección (art. 17).

Del procedimiento de inscripción en el Inventario (arts. 18 a 23), debe resaltarse que, lo mismo que la legislación estatal, no se exige informe de Institución Consultiva alguna y la estrecha relación con el Inventario General, competencia del Estado.

La Ley declara por sí misma bienes de interés cultural e inventariados (Disp. Ad. 1.^a y 2.^a).

La tercera categoría tendría carácter residual, incluyendo los bienes y actividades que, sin integrarse en ninguna de las anteriores categorías, ostenten los valores recogidos en el art. 1-2.º de la Ley.

El Título II, con buen criterio sistemático, se dedica al «régimen de conservación y protección del Patrimonio Cultural de Castilla y León».

Se incluye un Capítulo I, relativo al régimen común de protección de Patrimonio Cultural; aplicable, pues, a todo tipo de bienes y actividades. Se incluye el deber de conservación de los mismos por sus titulares; el acceso a los mismos con fines de inspección y estudio; los derechos públicos de tanteo y retracto; las obligaciones de personas o entidades que se dediquen al comercio de bienes muebles (libro registro sobre transacciones); los cambios de titularidad; la utilización de la expropiación forzosa; la relación con los instrumentos de ordenación territorial y con las evaluaciones de impacto ambiental; y la suspensión de intervenciones (arts. 24 a 31).

Seguidamente se establece el régimen de protección de los Bienes de Interés Cultural (arts. 32 a 47), distinguiendo, como en la legislación estatal, el régimen de los bienes inmuebles y de los bienes muebles. Con carácter general, se establece que estos bienes gozarán de la máxima protección y tutela, y que su uso estará siempre subordinado a que no se pongan en peligro sus valores, sometiendo a autorización administrativa cualquier cambio del mismo. Respecto a los bienes muebles de interés cultural, la Ley somete a autorización previa de la Consejería competente en materia de Cultura la modificación, restauración, traslado o alteración de los mismos, así como la disgregación de las colecciones de estos bienes; especialmente se prevé la autorización para su traslado y el supuesto de bienes muebles incorporados a inmuebles. Este régimen jurídico de protección se aplica a los bienes que formen parte de colecciones de museos, de los archivos históricos y del fondo antiguo de las bibliotecas autonómicas.

A continuación, el Capítulo III (arts. 48 y 49) se dedica, de forma muy escueta, a los bienes inventariados, exigiendo, respecto a los bienes muebles, autorización administrativa previa para su modificación, restauración, traslado o alteración; aplicando el silencio administrativo positivo si transcurren tres meses desde la solicitud. Además, se prevé que los préstamos y depósitos no serán superiores a un mes por año.

Los Títulos III a V se dedican a los Patrimonios Especiales, ya mencionados, que incluyen medidas aplicables a los bienes muebles que los integran.

La Ley autonómica finaliza con la regulación de las medidas de fomento (Título VI, arts. 70 a 75) y el régimen sancionador, incluyendo, como novedad resaltable, el régimen de la inspección en la materia (Título VII, arts. 76 a 91), aplicables a la protección de todos los bienes incluidos en el ámbito de aplicación del texto legal.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ABAD LICERAS, J. M.^a, «Urbanismo y Patrimonio Histórico», Ed. Montecorvo, Madrid, 2000.

ALEGRE ÁVILA, J. M.:

— «Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico», 2 tomos, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.

— «El Patrimonio Histórico Español: Régimen jurídico de la propiedad histórica», RGAP, n.º 25/2000.

ALONSO IBÁÑEZ, M.^a R.:

— «El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural», Ed. Civitas, Madrid, 1992.

— «Los espacios culturales en la ordenación urbanística», Ed. M. Pons, Madrid, 1994.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., «Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y sobre la Ley de 25 de Junio de 1985», Ed. Civitas, Madrid, 1989.

BARRERO RODRÍGUEZ, C.:

— «La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico», Ed. Civitas, Madrid, 1990.

— «Patrimonio cultural y organización administrativa», RAAP, n.º 21/1995.

— «La organización administrativa de las Bellas Artes. Unas reflexiones de futuro», Rev. Patrimonio Cultural y Derecho, n.º 1/1997.

BASSOLS COMA, M.:

— «El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico», RAP, n.º 114/1987.

— «Patrimonio Histórico y Artístico», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XIX, Ed. Seix, Barcelona, 1989.

BENSUSAN MARTÍN, M.^a P., «La protección urbanística de los Bienes Inmuebles Históricos», Ed. Comares, Granada, 1996.

BOE, «Patrimonio Histórico Artístico», Madrid, 2003.

CIVITAS, Ed., «Patrimonio Histórico Español», Madrid, 2002.

CONSEJERÍA DE CULTURA (JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN), «Defender lo nuestro: el Patrimonio Histórico de Castilla y León», 1995.

ESTEVE PARDO, J., «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Cultura (Comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», Autonomies-Revista Catalana de Derecho Público, n.º 4/1986.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.:

— «El régimen jurídico de la protección del Patrimonio Histórico en la Legislación Autonómica», en VARIOS AUTORES, «Vivir las Ciudades Históricas. Urbanismo y

- Patrimonio Histórico», Ed. Fundaciones La Caixa y Cultural Santa Teresa, y Ayuntamiento de Ávila, Ávila, 1999. También en Revista Patrimonio Cultural y Derecho, n.º 3/1999.
- «Los problemas de coordinación de las actividades sectoriales sobre el territorio, con especial referencia a Castilla y León», Revista de Derecho Urbanístico, n.º 114/1995.
- GARCÍA ESCUDERO, P. y PENDÁS GARCÍA, B., «El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español», Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ-ÚBEDA RICO, G., «Aspectos jurídicos de la protección del Patrimonio Histórico-Artístico y Cultural», Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1981.
- LAFUENTE BATANERO, L., «El Consejo del Patrimonio Histórico», Revista Patrimonio Cultural y Derecho, n.º 2/1998.
- LÓPEZ BRAVO, C., «Los bienes culturales en el Derecho estatal y autonómico de España», Revista Patrimonio Cultural y Derecho, n.º 3/1999.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «La movilidad del Patrimonio Histórico Español en la Comunidad Europea», REDA, n.º 75/1992.
- MARTÍN REBOLLO, L., «El comercio del arte y la Unión Europea», Ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1994.
- MINISTERIO DE CULTURA, «Normativa sobre el Patrimonio Histórico Cultural», Madrid, 1996.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El Patrimonio Cultural», en «Derecho Administrativo III. Bienes Públicos y Derecho Urbanístico», Ed. Pons, Madrid, 2002.
- PAREJO ALFONSO, L., «Urbanismo y Patrimonio Histórico», Revista Patrimonio Cultural y Derecho, n.º 2/1998.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A., «Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978», Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- POMED SÁNCHEZ, L. (Dir.) y otros, «Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés», Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001.
- REVISTA «PATRIMONIO CULTURAL Y DERECHO», Asociación Hispania Nostra, varios años.
- ROCA Roca, E., «El Patrimonio Artístico y Cultural», Ed. IEA, Madrid, 1976.
- RUIZ ROBLEDO, A., «La Constitución Cultural», La Ley-Actualidad, n.º 4751, 10-03-1999.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., «La protección del Patrimonio Cultural en el Derecho Español. Las competencias municipales», en VARIOS AUTORES, «Vivir las Ciudades Históricas. Urbanismo y Patrimonio Histórico», Ed. Fundaciones La Caixa y Cultural Santa Teresa, y Ayuntamiento de Ávila, Ávila, 1999.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., MARINERO PERAL, A., y FDEZ. DE GATTA SÁNCHEZ, D., y otros, «Derecho Urbanístico de Castilla y León», Ed. El Consultor y Consejería de Fomento (J.C. y L.), Madrid, 2000.
- VARIOS AUTORES, «Derecho Público de Castilla y León», Ed. Universidad de Valladolid, 1999.
- VARIOS AUTORES-HISPANIA NOSTRA, «Patrimonio y Sociedad. Diez años de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español», Ed. Diputación de Valladolid e Hispania Nostra, Valladolid, 1997 [Jornadas celebradas en Tordesillas, Valladolid, entre los meses de Abril y Diciembre de 1995].

- VARIOS AUTORES, «Vivir las Ciudades Históricas. Urbanismo y Patrimonio Histórico», Ed. Fundaciones La Caixa y Cultural Santa Teresa, y Ayuntamiento de Ávila, Ávila, 1999.
- VARIOS AUTORES, «El Patrimonio Cultural Español. Aspectos Jurídicos», VI Curso Universitario de Verano, Universidad de Santa Catalina (El Burgo de Osma, Burgos), Ed. Ayuntamiento de El Burgo de Osma, 1993.
- VERDÚ BERGANZA, B. y MUIÑA MERINO, N., «El Patrimonio Histórico Cultural y Artístico», en VARIOS AUTORES, «La Constitución y la práctica del Derecho», Tomo II, Ed. Aranzadi y Banco Central Hispano, Madrid, 1998.
- WATTENBERG GARCÍA, E., «Patrimonio Cultural de Castilla y León», en VARIOS AUTORES, «Historia de una Cultura. Castilla y León / Informe», Vol. IV, Ed. Consejería de Educación y Cultura (J.C. y L.), Valladolid, 1996.
- YÁÑEZ, A., «Los bienes integrantes del “Patrimonio Histórico Español”. A propósito de la Sentencia 181/1998, del Tribunal Constitucional», REDA n.º 104/1999.

REFLEXIONES SOBRE LA INDETERMINACIÓN Y AMPLITUD DEL PATRIMONIO CULTURAL *

Fernando López Ramón
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

* Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación P80/98 del Consejo Superior de Investigación y Desarrollo de la Diputación General de Aragón.

1. LAS TRADICIONALES INDETERMINACIÓN Y AMPLITUD DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

Indeterminación y amplitud son dos notas de la noción de Patrimonio Cultural que cuentan con amplios fundamentos doctrinales y normativos en nuestra experiencia, determinando una característica del Patrimonio Histórico Español definido por el legislador estatal. Interesa, pues, comenzar haciéndose cargo de la citada característica, a fin de posibilitar el desenvolvimiento del objeto del presente trabajo, consistente en analizar las manifestaciones de las notas citadas en las regulaciones sobre el Patrimonio Cultural procedentes de las Comunidades Autónomas.

La indeterminación y la amplitud son, en efecto, componentes del Patrimonio Cultural que cabe encontrar tanto en la legislación estatal como en las leyes autonómicas dictadas para regular la materia. Así, en este primer epígrafe expondremos las características ya tradicionales del concepto de bien cultural manejado en la legislación estatal. Ahora bien, habida cuenta de la abundancia de estudios sobre el régimen del Patrimonio Histórico Español, especialmente interesa poner de relieve las ampliaciones observables en el ámbito de los Patrimonios Culturales autonómicos. Para ello, en el segundo epígrafe, sintetizaremos las bases de la legitimidad constitucional y estatutaria que ampara la formación de nuevos Patrimonios Culturales autonómicos, así como el encaje de estos con el Patrimonio Histórico Español y las competencias del Estado. En el tercer epígrafe agruparemos los diversos mecanismos que producen el efecto de ampliación de los Patrimonios Culturales, procurando reflexionar críticamente sobre su coherencia con el ordenamiento jurídico en el que se insertan. Dedicaremos el último epígrafe a sacar algunas consecuencias de las anteriores reflexiones.

A) LA INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE BIEN CULTURAL

Desde la perspectiva jurídica, el problema de la noción de bien cultural se ha planteado a efectos de determinar el ámbito de la legislación aplicable, esto es, los bienes susceptibles de regirse por la normativa protectora.

En la experiencia italiana, la influyente COMMISSIONE FRANCESCHINI (1967) mantuvo la tesis de que los bienes culturales constituían un género de bienes naturalmente existente, con independencia de si la presencia de sus valores culturales había sido previamente constatada por la Administración pública. Todo bien «*che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà*», en la conocida expresión de la Declaración final de la citada Comisión, había de ser considerado bien cultural. De ahí que el acto administrativo acreditativo del «valor de civilización» mereciera la consideración de acto declarativo, de naturaleza reglada, limitado a comprobar la concurrencia en la realidad de los requisitos establecidos previamente en la norma que ordena la protección de los bienes culturales¹

El legislador español parece influido por los originales planteamientos italianos. En efecto, la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, abreviadamente LPHE, contiene una genérica definición del Patrimonio Histórico Español, en la que se integran directamente, *ex lege*, «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico» (art. 1.2), mencionándose también los «Patrimonios Documental y Bibliográfico», el «valor antropológico» (en el mismo art. 1.2) y los «elementos geológicos» (arts. 40.1 y 41.1,

¹ Como es sabido, uno de los componentes de la Comisión, el prestigioso Prof. M.S. GIANNINI (1976), ofreció una profunda tesis jurídica para los planteamientos anteriores, utilizando la distinción entre cosa y bien. Habida cuenta de que las cosas u objetos de la realidad permiten diversos bienes o utilidades definidos por el Derecho, la noción de bien cultural podría explicarse como un bien o utilidad colectiva proyectado sobre determinados objetos. De esta manera, toda la problemática de la incidencia de los bienes culturales sobre la propiedad privada recibe una explicación: el bien cultural expresa un derecho de disfrute público compatible con el derecho del propietario sobre el mismo objeto. Liberado el concepto de bien cultural del condicionante propietario, ya es posible obtener todas las consecuencias de su caracterización como categoría genérica, susceptible, pues, de medidas de protección aun al margen de la previa declaración administrativa, sin implicar indemnización para el propietario, etc.

La inteligente explicación del maestro italiano no ha dejado de tener detractores entre sus propios discípulos, como CAVALLO (1988), que ha resaltado la variedad de las cosas u objetos que pueden merecer la consideración de «culturales». Para este autor, la expresión bien cultural es una «mera síntesis verbal», dado que la cualidad cultural no es algo inmanente a las cosas, sino la consecuencia de una valoración administrativa, producto de la ponderación entre el conjunto de los intereses públicos. Los objetos devienen bienes culturales «por efecto de la declaración». De ahí que no pueda compartirse, según este autor, la idea de la Comisión FRANCESCHINI de un género de bienes naturalmente cultural, con independencia de su declaración.

al hilo de la regulación del Patrimonio Arqueológico). En ese conjunto indeterminado, la LPHE (1985) permite la identificación de determinados bienes mediante declaraciones administrativas: «Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley» (art. 1.3). Estos últimos bienes, los bienes declarados formalmente (en las categorías de BIC o de Bien Inventariado), son objeto de un estatuto pormenorizado en la LPHE (1985), mientras que el régimen de los restantes bienes del Patrimonio Histórico Español parece limitarse a reglas genéricas: enunciado de funciones de los poderes públicos (arts. 2-6), reconocimiento de la acción pública (art. 8) y obligación de conservación a cargo de los propietarios (art. 36.1)².

En todo caso, si ése es el planteamiento que, con claras conexiones italianas, cabe identificar en el actual legislador español, conviene tener en cuenta que un sistema de mayor concreción del objeto, mediante el establecimiento de criterios de antigüedad y la exigencia de declaraciones protectoras, se siguió en el Derecho español hasta la Ley del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional (1933), que fue la que introdujo la indeterminación en su ámbito de aplicación, prefigurando los planteamientos de la LPHE (1985) y de las leyes autonómicas en la materia³.

² Entre las diversas explicaciones doctrinales del sistema de la LPHE (1985), BARRERO (1990: pág. 156) es quien parece seguir más de cerca los planteamientos de GIANNINI, al afirmar que el concepto jurídico de Patrimonio Histórico está integrado, no por bienes patrimoniales, sino por bienes de interés general en tanto que portadores de interés histórico, artístico y cultural, características no ligadas a la titularidad de los bienes.

ALONSO (1992: págs. 152-159) acepta el concepto amplio de Patrimonio Histórico, según la LPHE, pero trata de hacerlo compatible con «la necesidad de individualización de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español», admitiendo otros mecanismos de identificación de tales bienes, distintos de su declaración como BIC o Bienes Inventariados: la catalogación urbanística, la prueba pericial, la declaración a efectos tributarios o aduaneros.

ALEGRE (1994: t. I, págs. 673-678) es quien mayores dudas ha expresado sobre la noción italiana de bien cultural, que sitúa «entre el mito y la realidad», adhiriéndose a las críticas formuladas por CAVALLLO, habida cuenta especialmente de «la insoslayable existencia de una propiedad cultural privada». Estas críticas no significan que el autor ignore la existencia de un concepto legal de Patrimonio Histórico Español, integrado por bienes declarados formalmente y por otros bienes no declarados (t. I, págs. 321-323), sobre todos los cuales pesa el «deber general de conservación, mantenimiento y custodia» (t. II, págs. 108-109).

³ La Ley 3.^a, título XX, libro VIII de la Novísima Recopilación, recogiendo disposiciones de 1802 y 1803, tras una larga lista de objetos, terminaba la enumeración de lo que debía entenderse como «monumentos antiguos» mencionando «finalmente, cualesquiera cosas aun desconocidas, reputadas por antiguas, ya sean púnicas, romanas, cristianas, ya godas, árabes y de la baja edad». En consecuencia, su ámbito de aplicación aparecía delimitado por un criterio temporal que dejaba fuera a cualquier objeto producido en el Renacimiento (siglo XV) o con posterioridad.

La Ley de Excavaciones y Antigüedades (1911), en vigor hasta la LPHE (1985), refería también su ámbito de aplicación a «todas las obras de arte y productos industriales pertenecientes a las edades prehistórica, antigua y media» (art. 2).

B) LAS AMPLIACIONES NORMATIVAS DEL PATRIMONIO CULTURAL

Si la indeterminación constituye ya un característico problema de la noción de Patrimonio Cultural que viene manejándose en nuestro Derecho, debe constatarse, por añadidura, que esa misma noción parece llamada a experimentar constantes ampliaciones, al hilo de la sucesión de regulaciones en el tiempo. Un buen conocedor de este sector (ALVAREZ, 1989: pág. 96), resaltaba en tal sentido las dificultades en identificar los componentes de la «herencia cultural del hombre reflejada en sus creaciones, productos y obras», especialmente habida cuenta del «esfuerzo de los legisladores para no dejar sin protección a todo lo que constituya la herencia cultural de la comunidad».

Esa tendencia permanente a la expansión del Patrimonio Cultural probablemente sea consecuencia de haber ligado el ámbito de ese Patrimonio a la propia indeterminación del concepto de cultura, manto capaz de cubrir las más variadas manifestaciones. De las antigüedades y las cosas de arte a los elementos etnográficos e industriales, una suerte de movimiento continuo va integrando sucesivamente elementos en el ámbito de protección; «¿por qué —se pregunta el autor citado— ha de ser más creación cultural una pintura o una estatua que un mueble o un arado; un palacio que el conjunto de un pueblo de montaña; un castillo que un camino o un puente; una joya que una jarra?»⁴.

Es fácil justificar las ampliaciones del ámbito del Patrimonio Cultural desde el concepto de la cultura que, en la definición del diccionario, equivale al «conjunto de conocimientos y modos de vida y costumbres que se dan

La Ley de Monumentos (1915) y el Real Decreto-Ley de la Riqueza Artística (1926), ambos derogados en 1933, optaban por el criterio de la previa declaración protectora para aplicar sus técnicas de protección.

La Ley del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional (1933) abrió las vías de la indeterminación y la amplitud del concepto de Patrimonio Cultural, al referir su ámbito a cuantos bienes «de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico haya en España de antigüedad no menor de un siglo»; teniendo en cuenta, además, que la exigencia de la antigüedad centenaria terminaba siendo ponderada con el criterio del «valor artístico o histórico indiscutible, exceptuando, naturalmente, las obras de autores contemporáneos» (art. 1). Algunos preceptos de la Ley, como el art. 27 (sobre suspensión de obras) se aplicaban a bienes no declarados previamente.

⁴ Conviene, no obstante, tener en cuenta que los conceptos no se mueven por sí solos, no reclaman competencias ni suscitan conflictos. Es decir, los conceptos, como producto del raciocinio, son elementos empleados por las personas para defender sus intereses. Y en tal sentido, al tratar de la expansión del concepto de cultura y de su aplicación al Patrimonio Cultural, no cabe olvidar algo tan sencillo como el éxito de los estudios de Historia del Arte entre los universitarios españoles. Esta especialidad científica, inicialmente centrada en el estudio de las manifestaciones materiales más relevantes de la cultura humana, ha ido paulatinamente ampliando su objeto y, en consecuencia, reclamando un papel para sus titulados en campos variados, más allá de los tradicionales destinos en la enseñanza y los museos.

en un pueblo o una época». De la misma manera, parecería sencillo fundamentar el engrandecimiento de la Ordenación del Territorio o de la Protección del Medio Ambiente, partiendo de los contenidos eventuales de los conceptos de territorio o de medio ambiente. Sin embargo, las funciones públicas no pueden organizarse exclusivamente desde la lógica de los conceptos, sobre todo habida cuenta de las posibles coincidencias en los correspondientes ámbitos de actuación de distintas funciones. De ahí la necesidad del planteamiento normativo, buscando adecuadas soluciones organizativas, de acuerdo con los intereses y recursos (financieros y humanos) existentes.

2. LA LEGÍTIMA FORMACIÓN DE LOS PATRIMONIOS CULTURALES AUTONÓMICOS

Junto al Patrimonio Histórico Español, las leyes de las Comunidades Autónomas han ido identificando propios Patrimonios Culturales o Históricos, cuya mera existencia implica al menos el germen de una sustancial ampliación del objeto del Patrimonio Cultural. En efecto, si en lugar de una para todo el Estado son diecisiete las Administraciones llamadas, cada una en su Comunidad Autónoma, a identificar los bienes integrados en el concepto indeterminado de Patrimonio Cultural, no parece difícil deducir la lógica tendencia a la ampliación del objeto que la reducción del ámbito territorial entraña, sea por las menores exigencias de calidad en el objeto en cuestión, sea por las mayores capacidades para su conocimiento.

En consecuencia, en el presente epígrafe interesa comenzar estudiando, primero, los fundamentos de la legitimidad competencial de los Patrimonios Culturales autonómicos y, después, las características generales de su contenido.

A) LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE PATRIMONIO CULTURAL

El marco constitucional y estatutario sobre las competencias relativas al Patrimonio Cultural resulta muy favorable a las Comunidades Autónomas. De una parte, en la lista de competencias garantizadas a todas las Comunidades Autónomas, se reconoció la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía asumieran las competencias relativas al «Patrimonio Monumental de interés de la Comunidad Autónoma» (art. 148.1.16.^a Const.). De otra parte, las referencias a la materia en la lista de competencias necesarias del Estado se limitaron a reservar a éste la «defensa del Patrimonio Cultural, Artístico y

Monumental Español contra la exportación y la expoliación» (art. 149.1.28.^a Const.), aunque al propio tiempo se singularizaba el título competencial del Estado sobre «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas» (en el mismo art. 149.1.28.^a Const.) y, además, se incluía un genérico título de competencia del Estado en materia cultural, pues «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas» (art. 149.2 Const.).

La combinación de esas referencias constitucionales ha determinado un amplio campo competencial para las Comunidades Autónomas, una vez que la interpretación de tales referencias en sentido favorable al Estado o no se planteó o no llegó a prevalecer.

No se planteó, por ejemplo, ninguna hermenéutica que obtuviera consecuencias de las diferentes expresiones utilizadas en el texto constitucional para caracterizar el objeto competencial, que en el caso de las competencias garantizadas a las Comunidades Autónomas recibe la denominación de «Patrimonio Monumental» (art. 148.1.16.^a Const.), mientras que para el Estado se emplea la expresión «Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental» (art. 149.1.28.^a Const.). Ya fuera por apreciar las dificultades de todo intento de profundizar en una diferenciación de las competencias fundada en una diversidad de los objetos o bienes considerados, ya por estimar la variedad del lenguaje producto de una falta de claridad conceptual, o por cualquier otra causa, lo cierto es que no se suscitó un debate sobre ese problema terminológico. Hasta el extremo de poder constatarse en la actualidad el uso de una pluralidad de calificaciones («Histórico», «Cultural», «Artístico») aplicadas sin claro sentido diferenciador al mismo objeto («Patrimonio») ⁵.

Hubo, ciertamente, algún intento doctrinal de comprimir el alcance de las competencias autonómicas, a fin de permitir un esponjamiento de las compe-

⁵ La indiferencia del lenguaje jurídico, en punto a caracterizar con una denominación lo que aquí llamamos Patrimonio Cultural (que es, probablemente, la expresión más amplia), se pone de manifiesto en la variedad terminológica empleada en los Estatutos de Autonomía, para asumir la competencia en la materia. La enumeración más detallada se encuentra en el Estatuto de Aragón, que se refiere al «Patrimonio Cultural, Histórico, Artístico, Monumental, Arqueológico, Arquitectónico y Científico» (art. 35.1.33.^a Estatuto Aragón) y la más parca en el Estatuto de Madrid, que sólo cita al «Patrimonio Monumental» (art. 26.14.^a). En todos los casos, la competencia se asume con el carácter de exclusiva, aunque precisando, bien que se trata del Patrimonio «de interés de la Comunidad Autónoma», bien que la exclusividad lo es «sin perjuicio de las competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.28.^a de la Constitución» (o fórmulas similares).

tencias estatales⁶. Incluso la legislación del Estado intentó construir un amplio sistema de competencias propias en la materia, a través de la LPHE (1985), que pretendió configurar esta materia como un ámbito de competencias concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas⁷.

Sin embargo, las anteriores pretensiones de configurar un amplio campo competencial del Estado sobre el Patrimonio Cultural sufrieron un duro golpe, a raíz de la doctrina fijada en la STC 17/1991, de 31 de enero, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco y Galicia contra la LPHE.

El Tribunal Constitucional reconoció la existencia de un amplio ámbito de competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura, de conformidad con el art. 149.2 Const. Justamente en ese precepto se encontraría el fundamento constitucional de la competencia del Estado para aprobar una ley como la impugnada LPHE, cuya finalidad estriba en establecer «principios institucionales que reclaman una definición unitaria». Pero, desde esa posibilidad brindada por la norma fundamental, no cabe que el Estado se extienda a ámbitos que no le corresponden, como sería la entera protección del Patrimonio Cultural. De admitirse tal planteamiento, quedaría vacío de contenido el específico título competencial que circumscri-

⁶ Tempranamente, MUÑOZ MACHADO (1982: págs. 594-599) sostuvo la tesis que vinculaba la delimitación de competencias sobre el Patrimonio Cultural a lo que estableciera la legislación del Estado. Entendía este autor que la competencia que al Estado había reservado la Constitución sobre tal Patrimonio (art. 149.1.28.^a Const.) no era sólo la «defensa... contra la exportación y expoliación». Las competencias estatales sobre tales materias ya derivarían de otros títulos competenciales del Estado, relativos a las relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a Const.) y a la legislación penal (art. 149.1.6.^a Const.). Por tanto, las competencias estatales debieran referirse más bien a la «defensa», como término genérico que identificaría el establecimiento del régimen general de protección del Patrimonio Cultural, al que se añadirían los específicos títulos competenciales en las materias estrictas de «exportación y expoliación» de dicho Patrimonio.

⁷ El art. 2.1 LPHE (1985) consideraba como «deberes y atribuciones esenciales» del Estado «garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él». Competencias genéricas que el precepto legal decía derivar de los artículos constitucionales 44 (derecho de acceso a la cultura), 46 (protección del Patrimonio Cultural), 149.1.1.^a (garantía de la igualdad en el cumplimiento de derechos y deberes constitucionales) y 149.2 (la cultura como campo de competencias concurrente).

Una vez establecidas esas competencias genéricas, el mismo art. 2.1 LPHE (1985) añadía las específicas: «Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.28.^a de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación».

De esta forma, se pretendía configurar un amplio campo de competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre el Patrimonio Cultural. Concurrencia competencial que, en caso de conflicto, habría de haberse resuelto en favor de la prevalencia del Derecho del Estado, conforme a la cláusula recogida en el art. 149.3 Const.

El planteamiento competencial de la LPHE (1985) fue aceptado por BARRERO (1990: págs. 401-411), aun constatando el carácter polémico de las opciones asumidas por el legislador estatal.

be las competencias del Estado sobre el Patrimonio Cultural a su «defensa... contra la exportación y expoliación» (art. 149.1.28.^a Const.).

En aplicación de la anterior doctrina general, el TC fue estableciendo una interpretación conforme a la Constitución de la LPHE (1985). De esta forma, por ejemplo, la cláusula legal de atribución al Estado de la competencia para la difusión internacional de los bienes que integren el Patrimonio Histórico Español (art. 3.2 LPHE), expresamente fundamentada en la genérica competencia sobre relaciones internacionales del Estado (art. 149.1.3.^a Const.), habrá de considerarse compatible con una competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la misma difusión internacional. El Estado únicamente podría reclamar la completa exclusividad de tales actuaciones si se tratara «de actos generadores de responsabilidades del Estado con terceros, sean políticas o económicas».

En todo caso, el principal efecto de la interpretación de la LPHE (1985) llevada a cabo por la STC 17/91 consiste en el pleno apoderamiento de las Comunidades Autónomas para aplicar esa norma legal y concretamente para producir las declaraciones de BIC y Bienes Inventariados. Las únicas salvedades que se aceptan por el TC, recogiendo las referencias del art. 6.b) LPHE, son las declaraciones de BIC que afecten a bienes adscritos a servicios públicos gestionados por el Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, supuestos en los que cabe la plenitud competencial del Estado. En los restantes casos, el marco constitucional lleva a asegurar que las competencias habrán de corresponder a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la validez del régimen estatal relativo a distintos mecanismos de coordinación y publicidad regulados en la LPHE, como los relativos al Registro General de los BIC, el título oficial de BIC, el Inventario General, etc.

Se legitima así la formación de los diversos Patrimonios Culturales Autonómicos, regidos por leyes propias, de aplicación preferente aun con referencia a objetos incluidos en el concepto del Patrimonio Histórico Español. Efecto éste que no se ha podido evitar por ninguna de las interpretaciones que han pretendido corregir o alterar la fundamentación de la STC 17/91 ⁸.

⁸ Han sido varias las interpretaciones doctrinales que han intentado sostener el sistema de distribución de competencias establecido en la LPHE (1985), a pesar de la intervención correctora del alcance de tal norma legal que supuso la STC 17/91.

ALONSO (1992: págs. 84-89 y 101) mantuvo el carácter compartido de las competencias en materia de Patrimonio Histórico, entendiendo que correspondía al Estado fijar con efecto prevalente las facultades de su competencia, de forma que el resto sería de las Comunidades Autónomas.

ALEGRE (1994: págs. 683-686) planteó la necesidad de interpretar conjuntamente las expresas referencias competenciales sobre el Patrimonio Cultural contenidas en los arts. 148.1.16.^a y 149.1.28.^a de la Constitución. De esta manera, las competencias de las Comunidades Autónomas

B) CONTINUIDAD E INNOVACIÓN DEL SISTEMA ESTATAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

El anterior planteamiento competencial, generoso, en definitiva, para las Comunidades Autónomas, parece haber determinado, sin embargo, durante bastante tiempo un cierto retraimiento legislativo de aquéllas en la materia del Patrimonio Cultural. En efecto, hasta la década de 1990, si marginábamos la abundante legislación autonómica sobre archivos, bibliotecas y museos, la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas referida al Patrimonio Cultural resultaba escasa. La mayor parte de las Comunidades Autónomas se limitaba a regular por vía reglamentaria aspectos muy concretos, dentro del sistema de la LPHE (1985). Cuestiones como la regulación de las medidas de fomento en el ámbito autonómico o la distribución de competencias en la materia entre los órganos de la Comunidad Autónoma, eran las preferentemente tratadas.

La situación ha variado. Paulatinamente las Comunidades Autónomas van aprobando las leyes reguladoras de los correspondientes Patrimonios Culturales⁹. Leyes éstas que se insertan con normalidad en el sistema conceptual de la LPHE, pues aunque contribuyen a dotarlo de un mayor barroquismo, en ningún caso expresan opciones técnicas radicalmente diferencia-

habrían de entenderse limitadas a objetos de menor relevancia, conforme a la mención constitucional del «Patrimonio Monumental de interés de la Comunidad Autónoma» (art. 148.1.16.^a Const.). Tal mención constituiría una especie de límite natural de las competencias autonómicas en la materia; límite natural que se correspondería con las tradicionales categorías de los Monumentos Históricos-Artísticos de Interés Local y Provincial. Por el contrario, al Estado habrían de corresponder las competencias sobre el Patrimonio Cultural de interés general, explicándose la exclusiva referencia constitucional a la «defensa... contra la exportación y la expoliación» (art. 149.1.28.^a Const.) como un planteamiento mínimo de defensa de dicho Patrimonio, recogido en el título competencial por coherencia con el objetivo constitucional de garantizar su conservación (art. 46 Const.).

PÉREZ DE ARMIÑÁN (1997: págs. 60 y 67) se ha mostrado crítico con la legislación autonómica sobre el Patrimonio Cultural, por su dispersión y por no limitarse al desarrollo del sistema de la LPHE.

En el extremo opuesto a estos autores, ERKOREKA (1995: págs. 133-141) ha criticado la interpretación de la LPHE llevada a cabo en la STC 17/91, sobre la base de un amplio concepto de «expoliación» del Patrimonio Cultural que, para el autor, carece de fundamento.

⁹ La lista de leyes autonómicas generales sobre el Patrimonio Cultural comprende:

1. Ley de Castilla-La Mancha 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, modificada por Ley 9/2000, de 21 de diciembre.
2. Ley de País Vasco 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco.
3. Ley de Andalucía 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía, modificada por Ley 3/1999, de 28 de abril.
4. Ley de Cataluña 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán, modificada por Ley 10/2001, de 13 de julio.
5. Ley de Galicia 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia.
6. Ley de Valencia 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano.
7. Ley de Madrid 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.
8. Ley de Cantabria 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria, modificada por Leyes 7/2000, de 22 de diciembre y 5/2001, de 19 de noviembre.
9. Ley de Baleares 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares.

das, ni entre sí, ni con respecto a la legislación estatal, cuyas pautas generales parecen asumir y completar.

Se observa, pues, una clara continuidad, con respecto a la LPHE (1985), en las regulaciones autonómicas. Incluso cabría referir datos que permiten constatar un cierto prestigio, entre los legisladores autonómicos, de la legislación estatal sobre el Patrimonio Cultural. Ese prestigio derivaría, de una parte, del dato negativo, esto es, de la casi total ausencia de rechazos expresos hacia la legislación del Estado en las leyes autonómicas. Junto a ello, de otra parte, con mayor peso, está el dato positivo, la expresa referencia en algunos preámbulos de las leyes de las Comunidades Autónomas a las bondades de la legislación del Estado ¹⁰.

Esa continuidad técnica, entre la ley estatal y las leyes autonómicas, responde a un planteamiento lógico que considera que el Patrimonio Histórico Español está integrado por los Patrimonios Culturales de las Comunidades Autónomas. Porque no otra es la consecuencia derivada del sistema de la LPHE (1985), conforme a la interpretación de la STC 17/91 que han seguido las leyes sobre los diferentes Patrimonios Culturales autonómicos. Así, el

10. Ley de Aragón 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, modificada por Ley 15/1999, de 29 de diciembre.

11. Ley de Canarias 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias.

12. Ley de Extremadura 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura.

13. Ley de Asturias 1/2001, de 6 de marzo de Patrimonio Cultural.

14. Ley de Castilla y León 12/2002, de 11 de julio, del Patrimonio Cultural de Castilla y León.

¹⁰ Así, en el preámbulo de la Ley de Castilla-La Mancha (1990) se asegura que «en los diversos títulos y disposiciones de la Ley del Patrimonio Histórico Español y su Reglamento... se contienen suficientes fórmulas para garantizar el cumplimiento del mandato del artículo 46 de la Constitución», habida cuenta de lo cual, «sólo se hace necesario regular contenidos y valores propios del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha».

Con toda claridad también, se afirma en el preámbulo de la Ley de Andalucía (1991) que ésta «introduce los planteamientos formulados por la Ley del Patrimonio Histórico Español... adaptándolos a las necesidades de la Comunidad Autónoma».

En la exposición de motivos de la Ley de Galicia (1995) se comienza evocando «los precedentes legislativos orientados a la protección y conservación del Patrimonio Histórico», que hundirían sus «profundas raíces» nada menos que en el «mundo romano», aunque «tienen sus huellas más recientes en la siempre meritoria y respetada Ley de 13 de mayo de 1933, fuente inagotable cargada entonces de modernidad»; Ley republicana de la que la LPHE (1985) sería «heredera», «basándose en conceptos y criterios llenos de un fecundo aliento».

Igualmente, el preámbulo de la Ley de Madrid (1998) reclama cómo «la interrelación con la legislación estatal ha de ser necesariamente estrecha y por ello se ha tomado como referencia la Ley del Patrimonio Histórico Español y se ha huido en lo posible de la utilización de nomenclaturas diversas para expresar la misma realidad protegida».

El preámbulo de la Ley de Baleares (1998) manifiesta que «la presente Ley quiere aprovechar, en gran medida, las técnicas jurídicas diseñadas por la Ley del Patrimonio Histórico Español».

El preámbulo de la Ley de Asturias (2001) asegura que «los instrumentos de protección que establece se han concebido para resultar compatibles con los del Estado, fundamentalmente con los recogidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, de tal manera que puedan sumarse las acciones protectoras de ambos cuerpos legales».

preámbulo de la Ley de Aragón (1999) afirma que el Patrimonio Cultural Aragonés «es propiedad común de toda la ciudadanía aragonesa y sus elementos han contribuido, y siguen contribuyendo, a la configuración de la cultura española y del conjunto de los países mediterráneos».

Ninguna objeción insalvable merece tal planteamiento lógico, pues dada la amplitud del concepto de Patrimonio Cultural mantenido por las leyes autonómicas, será difícil que un determinado objeto quede excluido de su ámbito y, por tanto, de la acción defensora del Estado contra la exportación y la expoliación. Si acaso, se echa en falta el establecimiento en la legislación estatal de un mecanismo subsidiario de identificación de los bienes del Patrimonio Histórico Español: un procedimiento que permitiera al Estado subsanar el incumplimiento por las Comunidades Autónomas de la obligación constitucional de protección del Patrimonio Cultural (art. 46 Const.). Lo cierto es que la redacción literal de la LPHE (1985) hacía innecesario ese mecanismo subsidiario, dado que concentraba las declaraciones protectoras en autoridades estatales. Sin embargo, la relectura de esa norma impuesta por la STC 17/91, al remitir las declaraciones a las Comunidades Autónomas, plantea las dudas sobre la indicada laguna normativa.

En todo caso, el reconocimiento formal de los Patrimonios Culturales de las Comunidades Autónomas conlleva un efecto expansivo del genérico concepto de Patrimonio Cultural, pues la multiplicación de las autoridades ejecutivas permite llegar a un número más amplio de bienes. Tal parece ser, cuanto menos, el camino cuyo recorrido presagian las ampliaciones del ámbito del Patrimonio Cultural advertibles en las correspondientes leyes de las Comunidades Autónomas.

3. LAS AMPLIACIONES DEL ÁMBITO DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

De acuerdo con cuanto hasta aquí se ha venido exponiendo, la legislación autonómica ha mantenido e incrementado la indeterminación y la amplitud características del Patrimonio Cultural en el Derecho español. Así cabe comprobarlo en diversos contenidos de esa legislación que trataremos de analizar en el presente epígrafe.

Destacaremos, en primer lugar, las amplias definiciones de los bienes incluidos en ese Patrimonio, que en algunas leyes autonómicas rebasan la larga lista de intereses determinantes de la inclusión de los bienes en el Patrimonio protegido por la LPHE (1985).

En segundo término, se examinarán las técnicas empleadas por las Comunidades Autónomas para hacer frente a la enorme amplitud del con-

cepto de Patrimonio Cultural, pues «los bienes que tienen alguno de los valores señalados son obviamente innumerables», como con expresividad destaca el preámbulo de la Ley de Valencia (1998). Ante esa situación, algunas leyes autonómicas han reaccionado incrementando las categorías de bienes protegidos, en un intento de ofrecer una escala de niveles de protección.

Por último, veremos cómo la ampliación del objeto del Patrimonio Cultural se pone especialmente de relieve en el tratamiento dado por la legislación autonómica a los bienes inmateriales.

A) LAS DEFINICIONES DEL PATRIMONIO CULTURAL: INCONGRUENCIAS E INCIDENCIA SOBRE EL URBANISMO MUNICIPAL

Como se recordará, según la LPHE (1985), integran el Patrimonio Histórico Español «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, etnográfico, científico o técnico» (art. 1.2); conjunto al que en el mismo precepto se añaden, con determinadas acotaciones, los intereses «documental», «bibliográfico» y «antropológico», así como más adelante el interés «geológico» (art. 40.1).

Pues bien, la mayor parte de las leyes autonómicas ha incrementado el catálogo de los intereses protegidos en los correspondientes Patrimonios Culturales. Así, en las enumeraciones más completas llegan a adicionarse a la lista estatal los intereses «antrópico», «mobiliario», «lingüístico», «social» e «industrial»¹¹. Prácticamente todas las leyes autonómicas han añadido la referencia al interés «arquitectónico» o, en algunos casos, «urbanístico»¹². En las más recientes regulaciones se advierte la tendencia a incluir la mención de los intereses «paisajístico» e incluso «natural»¹³.

¹¹ Los intereses «antrópico», «mobiliario» y «lingüístico», junto con otros, se encuentran mencionados en el art. 2 Ley de Aragón (1999).

Los intereses «social» e «industrial» se citan en los arts. 1.3 Ley de Madrid (1998) y 1.2 Ley de Baleares (1998), aunque con mayor precisión en esta última norma se habla de interés «histórico-industrial».

¹² El interés «arquitectónico» se recoge en los arts. 1.2 Ley de Cataluña (1993), 1.3 Ley de Galicia (1995), 1.2 Ley de Valencia (1998), 3.2 Ley de Cantabria (1998), 1.2 Ley de Baleares (1998), 2 Ley de Aragón (1999), 2 Ley de Canarias (1999), 1.2 Ley de Extremadura (1999) y 1.2 Ley de Castilla y León (2002).

El interés «urbanístico» está incluido en el art. 2.1 Ley de País Vasco (1990).

La mención conjunta de los intereses «arquitectónico» y «urbanístico» se realiza en el art. 1.3 Ley de Madrid (1998).

¹³ El interés «paisajístico» se cita en el art. 3.2 Ley de Cantabria (1998) y conjuntamente los intereses «paisajístico» y «natural» en el art. 1.3 Ley de Madrid (1998).

El exacto alcance de los bienes afectados puede requerir alguna explicación. Por ejemplo, con la inclusión en el Patrimonio Cultural Aragonés de los bienes de interés «mobiliario», no parece que se haya querido hacer referencia a todos los bienes muebles en el sentido propiamente jurídico (arts. 335 a 337 CCiv.), sino más bien a los objetos de equipamiento o decoración de las casas, conforme a una acepción del lenguaje corriente, aunque ello no obste al criticable empleo hecho del calificativo en la norma.

En otros casos, en cambio, la sorpresa que puede suscitar la inclusión de intereses amplísimos no parece fácilmente compensable con alguna explicación plausible sobre su alcance. ¿Qué objetos habrán de incluirse en el Patrimonio Cultural por su exclusivo interés «social», «industrial» o nada menos que «antrópico»?

Por fin, conviene recordar que la mención de ciertos intereses, aun pudiendo resultar lógica en el plano de los conceptos, conlleva una fuerte carga de conflictividad con respecto a otros sectores de actuación pública. Conflictividad del Patrimonio Cultural con otros sectores de actuación pública que está relacionada directamente con la indeterminación y amplitud del concepto de Patrimonio Cultural y, como una consecuencia natural de esas características conceptuales, con la indeterminación y amplitud del contenido protector del Patrimonio Cultural. Resultan, así, conocidos los conflictos, en el ejercicio de las funciones sobre el Patrimonio Cultural, con respecto al Urbanismo o los Espacios Naturales Protegidos; aquí conviene referirse al problema de la conflictividad urbanística del Patrimonio Arquitectónico, habida cuenta de la generalizada opción de la legislación autonómica por incluirlo expresamente en el Patrimonio Cultural ¹⁴.

No parecen existir dudas a propósito de la necesaria protección del Patrimonio Arquitectónico, como ponen de relieve, entre otros documentos, la Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico (Amsterdam, 1975) o la Convención Europea para la salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico (Granada, 1985). El Patrimonio Arquitectónico entraña, así, un concepto que supera la tradicional protección «monumental», «artística» o «histórica» de las construcciones; barrios antiguos, pueblos abandonados, edificaciones representativas de estilos o tipos variados han pasado ya a incrementar la nómina de elementos merecedores de la tutela pública. Es lógico considerar que el Patrimonio Arquitectónico forma parte del amplio concepto del Patrimonio Cultural.

¹⁴ En cuanto al enfrentamiento entre los sectores administrativos del Patrimonio Cultural y del Medio Ambiente (Espacios Naturales Protegidos), cabe indicar que tiene su manifestación más conocida en la problemática de los Parajes Pintorescos, sobre la que puede remitirse a LÓPEZ RAMÓN.

Pero, como ya hemos destacado, la definición aislada de una función pública no es el único elemento a considerar en materia de organización pública, donde no puede dejar de tenerse en cuenta el juego con las restantes funciones públicas, eventualmente ejercidas por sujetos públicos diferentes. Con alguna frecuencia, la ampliación de los ámbitos de actuación pública no obedece tanto al deseo de estructuración lógica de los sectores implicados cuanto a la búsqueda de nuevos campos para el ejercicio del poder. Así, un amplio tratamiento del Patrimonio Arquitectónico, tutelado por la Administración del Patrimonio Cultural, no debiera imponerse sin reflexionar sobre la potencial colisión con las tradicionales competencias urbanísticas de los Municipios ¹⁵.

Los viejos problemas de enfrentamiento entre el Urbanismo municipal y la Administración del Patrimonio Cultural, pertenezca ésta al ámbito nacional o autonómico, han venido siendo solucionados conforme a una óptica de prevalencia de las decisiones adoptadas por la segunda Administración citada. El régimen de los Conjuntos Históricos en la legislación estatal constituye buena prueba de la anterior afirmación. En efecto, iniciado expediente de declaración de un Conjunto, es necesario que el Municipio elabore un Plan Especial de Protección, cuya aprobación requiere informe favorable de la Administración del Patrimonio Cultural (art. 20.1 LPHE). Además, hasta tanto se aprueba ese Plan Especial, se someten a autorización de la misma Administración del Patrimonio Histórico todas las licencias municipales referidas a los inmuebles del Conjunto, incluida la ejecución de las otorgadas con anterioridad a la incoación del expediente de declaración (art. 20.3 LPHE). Prevalencia completa, en definitiva, de las soluciones previstas por la legislación del Patrimonio Cultural y aplicadas por la Administración del Patrimonio Cultural. Así se puede observar también en las regulaciones relativas a la suspensión de licencias urbanísticas que afecten a BIC (art. 25 LPHE) o en la configuración como vinculante del informe de la Administración del Patrimonio Cultural en el procedimiento de otorgamiento de licencias de obras, de derribo, etc. (art. 23 LPHE).

Los anteriores planteamientos tradicionales conectaban mal con el aseguramiento por la Ley Básica de Régimen Local (1985) de competencias a los Municipios en esta materia. El art. 25.2.e) de esa Ley obliga a la legislación

¹⁵ El enfrentamiento entre las técnicas del Patrimonio Cultural y del Urbanismo ha tenido variadas manifestaciones, como puso de relieve, con anterioridad a la LPHE (1985), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1978).

La problemática persiste tras la aprobación de la LPHE (1985), según demuestran, por ejemplo, los análisis relativos al concepto de entorno protegido en los BIC, de GARCÍA-BELLIDO (1988: págs. 8-10), ALONSO (1994: págs. 77-94) y BENSUSÁN (1996: págs. 188-192).

del Estado y de las Comunidades Autónomas a atribuir competencias a los Municipios, entre otras materias, en la de «Patrimonio Histórico-Artístico». De ahí que cupiera auspiciar el reconocimiento de tales competencias en la legislación autonómica. Más aún cuando esa legislación optaba por incluir expresamente el interés «arquitectónico», y en algún caso aun el «urbanístico», dentro del concepto de Patrimonio Cultural.

Sin embargo, la amplitud del objeto del Patrimonio Cultural en la legislación autonómica no se ha correspondido con la promoción de las competencias municipales en la materia, planteándose así profundos interrogantes, en la óptica de la garantía constitucional de la autonomía municipal. Han sido pocas, en efecto, las leyes autonómicas que han conectado el incremento de los bienes afectados por las técnicas de protección del Patrimonio Cultural con la necesidad de involucrar a los Municipios en esa protección.

Entre los escasos mecanismos de promoción de las competencias culturales de los Municipios, cabe destacar la declaración por la Administración de la Comunidad Autónoma de Municipios Histórico-Artísticos en la Ley de Cataluña (1993: art. 6) o de Municipios Monumentales en la Ley de Aragón (1999: art. 86). Esa declaración parece que habrá de posibilitar un mayor uso de la delegación de competencias culturales, conforme al régimen general (art. 27 Ley Básica del Régimen Local), en la medida en que a tales Municipios se les exige crear un órgano especial de conservación del Patrimonio Cultural, con la función de informar previamente todo acuerdo municipal relacionado con el planeamiento urbanístico.

De otra parte, en la Ley de Cataluña (1993: art. 17) se ha contemplado también la figura de los Bienes Culturales de Interés Local, cuya declaración y protección corresponde al Ayuntamiento Pleno. En cambio, otras figuras de denominación idéntica o similar están controladas, directa o directamente, por la correspondiente Administración de la Comunidad Autónoma ¹⁶.

B) LAS NUEVAS CATEGORÍAS Y LA PERMANENCIA DEL PATRIMONIO CULTURAL RESIDUAL

Dada la genérica definición que del Patrimonio Cultural ha prevalecido en nuestra tradición legislativa, resulta prácticamente imposible que las cate-

¹⁶ Los Bienes Culturales de Interés Local en la Ley de Cantabria (1998: art. 27) se declaran y tutelan por el Consejero competente de la Administración autonómica. Los Bienes de Relevancia Local en la Ley de Valencia (1998: art. 47) y los Monumentos de Interés Local en la Ley de Aragón (1999: art. 25) se vinculan en su declaración y protección al criterio de órganos de la correspondiente Administración autonómica.

gorías formales de BIC o de Bienes Inventariados puedan agotar el objeto del citado Patrimonio. En la legislación estatal cabe hablar, así, de los bienes «restantes» o «no declarados»: aquellos que, aun ofreciendo un interés cultural determinante de su integración en el gran concepto del Patrimonio Cultural, no han sido objeto de una formal declaración protectora.

Algunos legisladores autonómicos han intentado ofrecer una solución para esos «restantes» bienes del Patrimonio Cultural. Las soluciones, sin embargo, parecen condenadas al fracaso, al menos mientras siga manteniéndose el genérico punto de partida, consistente en la integración en el concepto de Patrimonio Cultural de todo bien que presente un interés cultural. En efecto, en tanto se mantenga ese concepto indeterminado, siempre quedarán unos bienes «restantes», unos bienes formalmente «no declarados» pero que materialmente reúnen los caracteres del Patrimonio Cultural. De ahí que el problema no quede solucionado con el establecimiento de nuevas declaraciones protectoras, que pretenden reflejar grados de relevancia en los bienes identificados.

Tal fue el intento de la Ley de Galicia (1995), donde se establecen tres categorías de bienes declarados del Patrimonio Cultural de Galicia: los BIC, los Bienes Catalogados y los Bienes Inventariados (art. 24). Los BIC son los bienes del Patrimonio Cultural «más destacados» (art. 8.1), cuya declaración se atribuye al Gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 12.1); los Bienes Catalogados son aquellos bienes del mismo Patrimonio Cultural que, «sin llegar a ser declarados de interés cultural, posean especial singularidad» (art. 17.1), correspondiendo acordar la inclusión en el Catálogo al Consejero de Cultura de la Administración autonómica (art. 20.1); los simples Bienes Inventariados son aquellos otros bienes del Patrimonio Cultural que «merecan ser conservados» (art. 22.1), debiendo acordar la inclusión en el Inventario el Director General competente en la materia (art. 23.3).

Idéntico planteamiento al del legislador gallego se encuentra en la Ley de Cantabria (1998: art.13 ss.) y en la Ley de Aragón (1999: art. 11 ss.), llegándose en esta última a establecer una tipología de registros administrativos correspondiente a las distintas categorías, de manera que los BIC acceden al *Registro* Aragonés de BIC (art. 23), los Bienes Catalogados lo hacen al *Catálogo* del Patrimonio Cultural Aragonés (art. 26) y los Bienes Inventariados al *Inventario* del Patrimonio Cultural Aragonés (art. 27). Pero como ni aun con esa imaginativa diversificación de instituciones registrales dejan de existir los «restantes» bienes del Patrimonio Cultural, la Ley aragonesa termina instituyendo un formidable *Censo General* del Patrimonio Cultural Aragonés, donde habrán de incluirse los BIC, los Bienes Catalogados, los Inventariados y, por supuesto, «todos aquellos otros que merezcan ser conservados» (art. 59.2).

El indeterminado concepto de Patrimonio Cultural hace difícil eliminar toda referencia normativa a la masa de bienes «residuales» del Patrimonio Cultural, de manera que la incertidumbre parece factor característico con respecto a los bienes no declarados. Por eso quizá, la Ley de Cataluña (1993: art. 18), junto a las categorías de Bienes Culturales de Interés Nacional y de Bienes Catalogados, sigue conteniendo referencias para «los restantes bienes integrantes del Patrimonio Cultural Catalán». La Ley de Madrid (1998: art. 8.1) llega al extremo de aplicar el mismo régimen de conservación a los bienes declarados y a los que «pese a no haber sido objeto de declaración ni inventario reúnan los valores expresados», esto es, los valores correspondientes al genérico interés cultural manifestado en la típica lista de variados intereses culturales.

C) LOS BIENES INMATERIALES Y SU IMPROCEDENTE INCLUSIÓN EN EL PATRIMONIO CULTURAL

La amplitud del concepto de Patrimonio Cultural se pone claramente de relieve en las regulaciones relativas a los bienes inmateriales integrados en el mismo.

Ya la LPHE (1985) parece contener alguna contradicción, o al menos se mueve en el terreno de la pura sutileza lingüística, pues si empieza por integrar en el concepto de Patrimonio Histórico únicamente a «los inmuebles y objetos muebles» de interés cultural (art. 1.2), termina incluyendo en el Patrimonio Etnográfico, que forma parte de ese mismo Patrimonio Histórico, «los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales» (art. 46), debiendo la Administración adoptar «las medidas oportunas para su estudio y documentación» (art. 47.3). El mismo planteamiento se observa en la primera legislación autonómica en la materia: Leyes de Castilla-La Mancha (1990: art. 23), País Vasco (1990: art. 53) y Andalucía (1991: art. 63); después, también en las Leyes de Baleares (1998: art. 67) y de Canarias (1999: art. 73).

Sin embargo, avanzando conforme a la lógica de los conceptos implicados, la Ley de Cataluña (1993) incluye directamente en el Patrimonio Cultural Catalán, tras la definición general, «los bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional y las particularidades lingüísticas» (art. 1), aunque luego no se establezca un régimen jurídico para la protección de tales elementos.

Prosiguiendo el camino de la ambigüedad, la Ley de Galicia (1995), no sólo incluye en el Patrimonio Cultural de Galicia «bienes materiales e inma-

teriales de interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega a través del tiempo» (art. 1), sino que permite para todos ellos su declaración como BIC (art. 8.1), Bienes Catalogados (art. 17.1) o Bienes Inventariados (art. 22.1.), aunque luego el régimen de protección de los bienes inmateriales parece que termina siendo muy parecido al de la legislación estatal (art. 65). Similar es el planteamiento de las Leyes de Valencia (1998), Cantabria (1998), Aragón (1999), Extremadura (1999) y Castilla y León (2002), que prevén la declaración de BIC inmateriales, pero estableciendo para ellos un régimen de protección similar al de la legislación del Estado, consistente, pues, en ordenar su «estudio y documentación».

No obstante, quizá culminando esta misma línea evolutiva, la Ley de Madrid (1998) incluye en el Patrimonio Histórico «aquellos bienes inmateriales que conforman la cultura popular, folclore, artes aplicadas y conmemoraciones tradicionales» (art. 1.3), procediendo la genérica aplicación del régimen de los bienes materiales declarados (art. 8.1).

Se llega, así, al planteamiento de una problemática y, en su caso, al hallazgo de una solución que aparecen rodeadas de graves incertidumbres. En tal sentido, no parece pertinente aparentar ni mucho menos pretender la aplicación del régimen jurídico de los bienes materiales a la defensa de los elementos inmateriales que conforman la identidad de un pueblo. Elementos que comprenden, según la Ley de Cantabria (1998: art. 98.6), entre otros, «los tradicionales modos de vida, las costumbres jurídicas, los rituales, las creencias, la música, los bailes, las canciones, la literatura oral, los juegos» y, conforme a la Ley de Canarias (1999: art. 73.2), entre muchos otros elementos, «oficios, habilidades y técnicas», «medicinas y remedios populares», «indumentaria y gastronomía», «el silbo gomero, los modismos y expresiones del léxico popular», «fiestas, bailes y diversiones tradicionales», «deportes tradicionales», «toponimia y callejero tradicional», etc.

La inclusión de estos elementos en el concepto y en el régimen de acción del Patrimonio Cultural introduce una problemática ajena a los mecanismos de defensa de los bienes culturales. Parece muy difícil aplicar a los bienes inmateriales los instrumentos de planificación, prohibición, autorización e intervención típicos del Patrimonio Cultural. De ahí que no sea fácil comprender la utilidad

¹⁷ En el sentido expresado en el texto, con referencia al llamado Patrimonio Lingüístico, VAQUER (1998: pág. 305) sostiene que «la protección de la lengua no puede basarse en la conservación de determinadas cosas materiales... Lo que debe conservarse y promoverse es el uso normal —social y oficial— de dicha lengua por una comunidad entera. Ello obliga al recurso a instrumentos diferentes de los contemplados por nuestra legislación de Patrimonio Histórico-Artístico». En la Ley de Asturias (2001: art. 1.4) se indica, así, que sus normas «se entenderán referidas a bienes de naturaleza material», salvo que se diga expresamente lo contrario.

de los planteamientos legislativos aquí estudiados, fuera del mero efecto publicitario que puede acompañar al empleo de una denominación prestigiosa ¹⁷.

Piénsese en la difícil aplicación de estos planteamientos a la gastronomía, por ejemplo, que conforma, sin duda, una de las principales señas de identidad de un pueblo. La inclusión del pote gallego entre los bienes inmateriales del Patrimonio Cultural de Galicia, como una fórmula culinaria, como un proceso de transformación de unos alimentos, si conceptualmente posible, no derivará en sencilla aplicación de un régimen jurídico integrado por reglas sobre el ejercicio de derechos de tanteo y retracto, acceso al inventario, descripción, etc. Salvo que se considere necesario garantizar la confección del pote conforme a la receta tradicional, con la correspondiente sanción para caso de incumplimiento.

4. LA CONVENIENTE RECONDUCCIÓN DEL SISTEMA

Los extremos a los que ha llegado nuestra legislación, estatal y autonómica, de Patrimonio Cultural parecen aconsejar una revisión de sus mismos puntos de partida. Aquí propugnamos el abandono de la concepción maximalista, que configura un conjunto de bienes de alcance indeterminado y en constante ampliación. En su lugar, se propone la introducción de un sistema que determine claramente los bienes afectados y proporcione mayor efectividad y pluralidad a las técnicas de protección de tales bienes.

DETERMINACIÓN, EFECTIVIDAD Y PLURALIDAD DEL PATRIMONIO CULTURAL

El indeterminado concepto de los bienes culturales probablemente deba ser considerado, en el fondo, como una claudicación legislativa ante la magnitud de la tarea a desarrollar. Son tantos los bienes merecedores de protección, tantos los procesos históricos de ignorancia y expoliación que inciden sobre ellos, tantos los intereses implicados, que el legislador parece obligado a emprender la senda del maximalismo y de la ineficacia. Da la impresión, en tal sentido, de que el poder público se contenta con realizar grandes construcciones conceptuales, declaraciones de principios intachables, consciente quizá de que, en realidad, es poco lo que puede o lo que está dispuesto a hacer en la materia. Síntoma inequívoco de esta afirmaciones es la falta de todo estudio o acompañamiento financiero en la legislación del Patrimonio Cultural; el mismo número limitado de funcionarios de siempre, con los mismos órganos colegiados de tipo honorífico, las mismas miserias presupuestarias, para hacer cada vez más cosas.

Junto al dato anterior, conviene también reflexionar sobre la problemática técnica y competencial derivada de la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural. La inclusión de los bienes inmateriales, de las lenguas, introduce problemas para la aplicación de las técnicas del Patrimonio Cultural. Por otra parte, el peso de las competencias crecientes de la Administración Cultural termina incidiendo sobre las competencias municipales.

Frente a esa situación, sería conveniente establecer sistemas de Patrimonio Cultural de alcance conceptual más limitado. Sistemas basados en la previa declaración o el establecimiento de criterios claros de identificación de los bienes del Patrimonio Cultural, limitados a los bienes materiales y abiertos en cambio a la pluralidad competencial. Exigencias éstas que parecen necesarias, a fin de proporcionar certeza y eficacia al sistema, teniendo en cuenta que con ellas no se impediría la adopción de medidas cautelares previas a las declaraciones protectoras ni la tutela de los valores inmateriales de la cultura.

La propuesta que aquí realizamos conecta con la tendencia del Derecho internacional a establecer con más precisión el ámbito del Patrimonio Cultural. Los textos internacionales relativos a la protección de bienes culturales suelen delimitar éstos empleando diversos factores, como la existencia de una declaración formal de protección por parte del poder público, la pertenencia del bien concreto a alguna de las categorías de una lista preestablecida y exigencias variables de antigüedad o valor para determinadas categorías de bienes¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (1994): *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 2 t., 678 y 806 págs.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.^a del Rosario (1992): *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas, Madrid, 454 págs.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.^a del Rosario (1994): *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 155 págs.
- ÁLVAREZ, José Luis (1992): *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Ed. Civitas, Madrid, 897 págs.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (1990): *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Ed. Civitas, Madrid, 735 págs.

¹⁸ Véanse: la Convención sobre las medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales (París, 17 noviembre 1970; ratificada por España el 13 diciembre 1985) y la Directiva 93/7/CEE, del Consejo de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, así como las reflexiones de MARTÍN REBOLLO (1994: págs. 61-63 y 91-98).

- BENSUSÁN MARTÍN, María del Pilar (1996): *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, Ed. Comares, Granada, 290 págs.
- CAVALLO, Bruno (1988): «La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini» en *Sritti in onore di M.S. Giannini*, Ed. Giuffrè, Milano, vol. II, págs. 113 ss.
- COMMISSIONE FRANCESCHINI (1967): *Per la salvezza dei beni culturali in Italia. Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Ed. Colombo, Roma, 3 vols., 858, 989 y 637 págs.
- ERKOREKA GERVASIO, Josu Iñaki (1995): «Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149.1.28 de la Constitución reserva al Estado en materia de Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental» en *Revista Vasca de Administración Pública. En memoria de Pedro M.^a Larumbe Biurrun* núm. 41, páginas 97-141.
- FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1978): «La legislación española sobre el Patrimonio Histórico-Artístico. Balance de la situación de cara a su reforma» en *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 60, págs. 13-36.
- GARCÍA BELLIDO, Javier (1988): «Problemas urbanísticos de la Ley del Patrimonio Histórico Español» en *Ciudad y Territorio* núm. 78-4, págs. 3-22.
- GIANNINI, Massimo Severo (1976): «I beni culturali» en *Rivista trimestrale di diritto pubblico* vol. I, págs. 3-38.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1995): *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Zaragoza, Ed. Kronos, págs. 11-41.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1994): *El comercio del arte y la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 192 págs.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1982): *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, t. II, págs. 574-599.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN, Alfredo (1997): *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio*, Ed. Civitas, Madrid, 160 págs.
- VAQUER, Marcos (1998): *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Ed. Areces, Madrid, 380 págs.

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Antonio Pau
De la Real Academia de Jurisprudencia
Registrador de la Propiedad

I. ALGUNAS PRECISIONES PRELIMINARES

La legislación sobre Patrimonio Histórico Español tiene, casi en su totalidad, una finalidad protectora de ese patrimonio, de manera que podría decirse que el régimen jurídico de la protección del PHE agota la totalidad su régimen jurídico. Esa es la razón por la que en esta ponencia quisiera acotar un campo concreto dentro de esa protección: el de las medidas protectoras de carácter jurídico privado —dejando al lado las jurídico-públicas: las fiscales, administrativas y penales—.

Desde el punto de vista del objeto voy a hacer una segunda acotación, que está ya anunciada en el título: el PHE está integrado por tres tipos de bienes, que, enumerándolos de mayor a menos protección, son los Bienes de Interés Cultural, los Bienes Inventariados y los bienes *simplemente* valiosos —de valor «artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico»— que no han sido declarados ni inventariados.

Vamos a precisar, brevemente, esos dos conceptos:

a) El de Bien de Interés Cultural tiene una única característica, extrínseca al propio bien: la declaración administrativa. De nada serviría tratar de delimitar su ámbito por la «especial» o «singular» relevancia que el bien tuviera en el conjunto del patrimonio histórico, porque en definitiva, la naturaleza de BIC deriva de la declaración y sólo de ella.

b) Por limitaciones de carácter jurídico privado entiendo aquellas que afectan al contenido de la propiedad privada y a la autonomía de la voluntad en la celebración de negocios jurídicos sobre ella. Dentro de estas limitaciones pueden enumerarse las siguientes:

1. La limitación al cambio de uso.
2. La prohibición de realizar determinadas construcciones.
3. Los derechos de tanteo y retracto.

Una de las instituciones encargadas, por la LPHE de 1985, de velar por el cumplimiento de esas limitaciones jurídico privadas de los BICs es el Registro de la Propiedad. Antes de entrar en el examen de esas limitaciones, quisiera detenerme en tres cuestiones:

1. El régimen registral de la LPHE.
2. La delimitación del Registro de la Propiedad y el Registro especial creado por la Ley.
3. El llamado «título oficial» de los BIC.

II. EL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA LPHE

El régimen registral de la LPH está contenido en los arts. 12, 36 y 38 Ley y 16 y 20 de su Reglamento.

«Cuando se trate de Monumentos y Jardines Históricos, la Administración competente instará de oficio la inscripción gratuita de la declaración en el Registro de la Propiedad» (art. 12 LPHE).

La Administración competente «podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable que, en caso de bienes inmuebles, será inscrita en el Registro de la Propiedad» (art. 36 LPHE).

«Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo —el 38 LPHE— sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen —la declaraciones a efectos del tanto y del retracto en favor de la Administración del Estado, y sus requisitos de forma y tiempo—».

«Será título suficiente para efectuar la inscripción [obligatoria de la declaración de Monumentos y Jardines como BICs] la certificación administrativa expedida por la autoridad encargada de la protección del bien inmueble en la que se transcriba la declaración de Monumento o Jardín Histórico» (art. 16 R).

«El Real Decreto por el que queda sin efecto la declaración de Monumento o de Jardín Histórico cancelará la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Será título suficiente para esta cancelación la certificación administrativa, expedida por la autoridad a la que corresponda la protección del bien inmueble, en la que se transcriba la resolución por la que queda sin efecto dicha declaración» (art. 20 R.).

Este régimen registral de la LPHE, por su carácter fragmentario, no agota la publicidad de los BIC, y debe ser completado con las normas registrales de carácter general.

1. La inscripción de Monumentos y Jardines, a la vista del art. 12, tiene carácter obligatorio. Se trata pues, de una excepción —una de las escasísimas excepciones— al carácter voluntario de la publicidad registral.

La mayoría de los casos de inscripción obligatoria que establece nuestro Ordenamiento se refiere a bienes patrimoniales de titularidad pública (arts. 57 LPE, 85 L Régimen Local, 36 R Bienes de Entidades Locales), y sólo en reducidos casos a bienes de particulares: se limitan a las fincas resultantes de la reparcelación urbanística (art. 196 LS de 1992, declarado vigente) y concentración parcelaria (art. 235 LRyDA).

Los Monumentos y Jardines Históricos pueden ser de titularidad pública o privada; en este último caso, pasan a añadirse a los escasos supuestos de inscripción obligatoria de inmuebles privados.

Al limitar la inscripción obligatoria a Monumentos y Jardines, parece que el legislador considera agotada en esas dos especies el género de BIC de carácter inmobiliario, cuando tienen la misma naturaleza los Conjuntos y Sitios Históricos, así como las Zonas Arqueológicas (ex art. 14, ap. 2 PEHE).

Es posible que el legislador haya pensado que sólo en el caso de Monumentos y Jardines se dé una correlación entre BIC y finca registral, y en términos generales esa idea es acertada. Pero lo mismo puede suceder en el caso de los Conjuntos, y más aún en los Sitios Históricos y las Zonas Arqueológicas, y si no sucediera, la implantación que se está llevando a cabo en los Registros de los planos parcelarios digitalizados hace posible publicar, a través del Registro, el estatuto jurídico de áreas o superficies territoriales que no se delimitan por fincas concretas.

Tratándose de Conjuntos y Sitios Históricos y de Zonas Arqueológicas, la Ley prevé la aprobación —por el correspondiente Municipio o Municipios— de Planes Especiales de Protección. Habría que aplicar a este caso las razones que se han dado para que el Registro publique las limitaciones derivadas de los Planes de Urbanismo, porque esas limitaciones —tanto o más que las situaciones jurídicas tradicionalmente inscribible— delimitan el contorno de la propiedad privada. Más aún en el caso de los Planes Especiales de Protección, que llegan al detalle de precisar el uso de los inmuebles y los criterios de conservación de las fachadas, cubiertas e instalaciones (art. 20 LPHE).

Los BIC pueden ser inmuebles privados o públicos, y en este segundo caso, patrimoniales o demaniales. La apertura al Registro de los bienes demaniales, que llevó a cabo el RD 1867/1998 hace que todos los BIC puedan tener ya acceso al Registro.

La razón por la que el legislador impone la inscripción obligatoria de determinados BICs es evidente: los terceros que, de un modo u otro, entren en relación con el bien, deben saber que tiene un régimen particular, y sobre todo que está sujeto a mayores limitaciones que los bienes ordinarios.

Es verdad que el estatuto de los BICs opera *ex lege*. Pero también es verdad que la oponibilidad *ex lege* debe limitarse lo más posible, porque atenta contra la seguridad jurídica, que es un principio constitucional (art. 9 CE). Y aún sin negar la oponibilidad *ex lege*, debe irse, al menos, a lo que la doctrina italiana llama *pubblicità rafforzativa*, que no hace depender la eficacia de las limitaciones de la publicidad registral, pero al menos la coordina con la seguridad jurídica.

La Ley prevé la inscripción de la declaración de BIC. Frente a otros casos de obligatoriedad, antes citados, no se impone la inmatriculación obligatoria del inmueble, sino la inscripción obligatoria de la declaración. Ahora bien, como la inscripción presupone la inmatriculación, parece que la Administración actuante deberá promover, cuando sea necesario, la inmatriculación; para ello, si el bien es público, utilizará el procedimiento del art. 206 LH, y si es privado el procedimiento del art. 312 RH.

2. La incoación de un expediente para la declaración de un BIC determinará, en relación con el bien afectado —dice el art. 11LPHE— la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural.

Curiosamente, el legislador prevé la práctica de una anotación preventiva de incoación en el Registro especial, pero no en el Registro de la Propiedad. La utilidad de extender esa anotación en el Registro de la Propiedad es evidente: no sólo anunciaría a los terceros el régimen jurídico a que puede quedar sujeto definitivamente el bien si el expediente termina con una resolución de declaración, sino más aún: advierte que, por haberse incoado el expediente, se anticipa ese régimen jurídico al momento de la incoación, con la posibilidad de que esa aplicación provisional se extinga o se convierta en definitiva.

La doctrina hipotecaria es unánime en el carácter cerrado de las anotaciones preventivas previstas por las normas. No caben anotaciones atípicas. Pero, si ello excluye la *analogía iuris*, nada puede impedir la *analogía legis*, prevista en el art. 4 Cc como una de las formas en que deben aplicarse las normas.

3. La poca acertada delimitación que hace la ley entre el Registro especial y el Registro de la Propiedad tiene una manifestación concreta en la previsión de que se inscriban en el Registro de la Propiedad las ayudas reintegrables (art. 35 LPHE). ¿Para qué? ¿Que eficacia tienen frente a tercero? La constancia registral puede hacer pensar que dejan afecto el bien como garantía del reintegro, pero evidentemente no es así. La inscripción de la ayuda no atribuye a la Administración concedente ninguna garantía real. Si la concesión de la ayuda y la correlativa obligación de reintegro no sale de la esfera de las relaciones bilaterales entre las partes —titular del BIC y Administración— no se alcanza a ver el sentido de que sea objeto de publicidad registral.
4. Las dos únicas referencias documentales que contiene la legislación de Patrimonio Histórico están en los artículos 16 y 20 del Reglamento. En ellos se prevé que el título adecuado para inscribir la declaración de BIC y la cancelación de esa inscripción es la certificación administrativa; en el primer caso deberá incorporar el Real Decreto que determina la declaración, y en el segundo, el Real Decreto que la deja sin efecto.

Tratándose de BICs de titularidad estatal, los cambios de adscripción se harán por certificación administrativa. Una norma semejante contienen todos los estatutos de Autonomía respecto de los bienes de las Comunidades. También por certificación se inscribirán los contratos celebrados por las Administraciones Públicas («Los contratos de las Administraciones se formalizarán en documento administrativo [...] constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier Registro público», art. 54 RD Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas) Tratándose de BICs de titularidad privada, los actos inscribibles accederán al Registro por documento notarial o judicial, según los casos.

III. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y REGISTRO ESPECIAL

Dos de los tres tipos de bienes que integran el PHE tienen un Registro administrativo: los BICs deben acceder a un Registro que recibe el nombre de «Registro General de Bienes de Interés Cultural», y los bienes inventariados deben acceder al Inventario General. Respecto de los restantes bienes que integran el PHE, los que podríamos llamar, simplemente, valiosos, el legislador, con un criterio realista, renuncia a identificarlos: serán todos los que reúnan los requisitos de la definición legal, y a ellos se les aplicarán sus normas propias.

Al Registro General pueden acceder tanto bienes inmuebles como bienes muebles, mientras que al Inventario General sólo acceden bienes muebles. Quizá fuera lógico que los inmuebles pudieran acceder al Inventario: porque hay bienes de tal naturaleza que, al igual que los muebles, tienen «singular relevancia», una relevancia que los distingue de la categoría residual de los simplemente valiosos y sin embargo no los hace dignos de alcanzar la calificación de BICs.

El Registro General es, para decirlo con la terminología habitual, un Registro administrativo. No tiene eficacia sustantiva, y el conocimiento de sus datos está restringido por la ley. De los cinco rasgos que ha de reunir un Registro para tener carácter jurídico, el Registro General no reúne ninguno:

1. El acceso de los datos no está sujeto a un control de legalidad: los particulares se limitan a «comunicar» esos datos, y sólo «en su caso» —en caso de que existan, hay que entender— deben aportarse copias notariales o certificaciones registrales o administrativas» (art. 21, ap. 3, c)).

2. No parece que deba existir un tracto riguroso entre las inscripciones, puesto que por simple «comunicación» puede manifestarse un cambio de titular.

3. No existe oponibilidad —ni correlativa inoponibilidad— de lo inscrito —o lo inscrito— frente a terceros. El art. 21, ap. 5 del Reglamento declara que «El Registro General sólo da fe de los datos consignados en el mismo a los efectos previstos en la Ley 16/1985». La Ley 16/1985 sólo dedica un artículo —el 12— al Registro General, donde no se atribuye a ese Registro fehaciencia alguna. Así que lo más probable —y lógico— es que el Registro General no sea fehaciente a ningún efecto: ni siquiera de la declaración de BIC o su revocación, cuya inscripción no es constitutiva.

No comparto la idea de José Luis Álvarez de que, «desde el momento de la inscripción, no podrá alegarse la ignorancia del carácter de ese bien [es decir la ignorancia del carácter de BIC] por ninguna persona». Y no lo comparto por dos razones:

- 1.^a Porque el estatuto de los BICs opera *ex lege*, con independencia de la inscripción en el Registro administrativo e incluso desde la inscripción en el Registro de la Propiedad. Incluso desde la incoación del expediente, que es una fase muy anterior a la inscripción.

- 2.^a Porque no existiendo presunción de conocimiento en los Registros de seguridad jurídica —respecto de los cuales, por supuesto que cabe alegar ignorancia, como los prueban los arts. 36 LH y 1.483 Cc—, menos puede exis-

tir esa presunción de conocimiento respecto de un Registro de información administrativa.

4. La cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del contenido del Registro General está muy limitada. No cabe el acceso al mismo —a menos que se tenga consentimiento del titular— en lo que se refiere:

- a) A la situación jurídica —es decir a la titularidad del dominio y a los derechos limitados, cargas o gravámenes que pesen sobre los bienes.
- b) Al valor de los bienes inscritos.
- c) A la ubicación, cuando se trate de bienes muebles.

5. Por último, es dudoso que cada asiento tenga, aisladamente, la condición de documento público, pues no se prevé formalidad alguna para su autorización, ni siquiera la firma del funcionario encargado de su llevanza.

El ámbito del Registro está configurado de una manera más razonable en la definición reglamentaria que en el posterior desarrollo de su régimen. «El Registro General tiene por objeto —dice el primer apartado del art. 21— la anotación e inscripción de los actos que afecten a la identificación y localización de los bienes integrantes del PHE declarados de interés cultural». *Identificación y localización*. Pero luego llega la enumeración de actos anotables —no se sabe por qué acceden esos actos por la vía de la anotación preventiva y no de la inscripción— y el Registro General empieza a llenarse de actos y negocios jurídicos: algo totalmente impropio del Registro General, cuya finalidad es la *identificación y localización* de los BICs. Si, como luego veremos, el Título Oficial es una certificación del Registro General, y por tanto sólo puede reflejar lo que consta en él, el contenido del Registro es más amplio de lo que a primera vista parece: abarca, no sólo las transmisiones de dominio, sino también la constitución derechos reales —hipoteca, usufructo— e incluso de arrendamientos. La frase «todos los actos jurídicos que sobre los mismos se realicen», que emplea el art. 13, ap. 1 LPHE, no deja lugar a dudas.

Esta duplicidad de Registros patrimoniales —el Registro General y el de la Propiedad— responde a un inadecuada delimitación entre uno y otro. (Ya hemos visto antes otro ejemplo de la mala distribución de funciones: ¿a que viene inscribir las ayudas en el Registro de la Propiedad?). El legislador hay incurrido en el mismo error al determinar el contenido de otro Registro, pero éste de carácter sustantivo: el Registro de Fundaciones; siendo éste un Registro de personas, se prevé que se inscriban en él ciertos negocios patrimoniales.

IV. EL TÍTULO OFICIAL DE LOS BICs

El legislador ha previsto la creación de una certificación itinerante y permanentemente actualizada de los BICs que llama «título oficial». De este tipo de certificaciones sólo existían, hasta la ley 16/1985, otras dos: el libro de familia —certificación del Registro Civil— y la certificación del buque —certificación del Registro mercantil—.

En su origen prelegislativo, el que luego se llamaría título oficial era un documento de carácter administrativo, como lo demuestra el propio nombre que se le daba en el proyecto: guía oficial. Es decir, justificación de titularidad legítima de un objeto que se transporta. La guía no tenía sentido más que en BICs de carácter mobiliario y no tenía más sentido que para acreditar la titularidad ante las autoridades.

Sin embargo, la tramitación parlamentaria de la ley, y luego el desarrollo reglamentario de ésta, cambian por completo la naturaleza del documento, que pasa a convertirse en un documento jurídico-privado, en el que han de constar «todos los actos jurídicos que sobre el se realicen». En el caso de los BICs de carácter inmobiliario, la cosa no puede ser más absurda: por un lado, porque los monumentos y los jardines —y los conjuntos y sitios históricos, y las zonas arqueológicas— no se desplazan —como los buques y las familias—, y es el frecuente desplazamiento lo que justifica la necesidad de que el titular lleve consigo una certificación permanentemente actualizada; y por otro lado, porque introducir en el tráfico privado un documento sobre la situación jurídica de los inmuebles sin la más mínima garantía de exactitud (ya hemos visto que en el Registro General no hay calificación ni tracto, que son el fundamento de la exactitud) es una notable fuente de confusión. No se olvide que tanto el libro de familia como la certificación del buque proceden de Registros jurídicos, de Registros que gozan —*ex lege*— de presunción de exactitud, y el título oficial procede de un Registro administrativo, que, además, no tiene atribuida —con razón— ninguna presunción de exactitud.

V. LAS LIMITACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

Cuando en el historial jurídico de un inmueble conste inscrita su declaración oficial como BIC, la calificación registral de los títulos —que, según el art. 18 de la Ley hipotecaria, debe tener en cuenta los «asientos del Registro»—, velará por el cumplimiento de su estatuto propio —la legislación sobre PHE— además de por el cumplimiento de todas las demás normas que sean aplicables.

Muchas de las limitaciones impuestas a los BICs no son susceptibles de control registral, porque se desarrollan en el ámbito de los hechos, y no del derecho:

- a) el deber de facilitar el acceso para visitas, investigación e inspección (art. 13 LPH);
- b) el deber de mantenimiento y conservación (art. 36 LPH);
- c) la prohibición de exportación (art. 5 LPH). La exportación es un concepto fáctico, es la *salida* de un bien del territorio nacional, según la definición legal, incluso a países de la Unión Europea, como precisa el Reglamento.

Otras limitaciones, que afectan sin embargo a situaciones jurídicas inscribibles, sí son susceptibles de control registral, control que en algunos casos le encomienda explícitamente la legislación sobre patrimonio histórico, y en otros deriva del deber general de calificación.

Así como la inscripción de la declaración de BIC es obligatoria para la Administración actuante, la anotación preventiva de haberse incoado el expediente debería ser igualmente obligatoria, sobre todo porque la incoación la aplicación «del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados», como dice el art. 11 LPH. Ya hemos visto que esa anotación, aunque no esté expresamente prevista por el legislador, puede extenderse en los libros registrales.

La primera de esas limitaciones es la prohibición de cambio de uso —sin previa autorización administrativa—, que establece el art. 36 LPH. El uso es una de las facultades integrantes del dominio, y según el art. 7 RH, es inscribible «cualquier acto o contrato [...] que modifique [...] alguna de las facultades del dominio». El título que pretenda modificar el uso, si no va acompañado de la preceptiva autorización administrativa, no podrá acceder al Registro.

La segunda limitación es la prohibición de realizar construcciones en los inmuebles declarados BIC sin haber obtenido, además de la preceptiva licencia municipal, la autorización expresa de la Administración competente. Cuando se trate de «construcción que altere el carácter de los inmuebles» la prohibición es absoluta, y no puede, en ningún caso, ser autorizada.

La mera incoación del expediente produce efectos drásticos de carácter retroactivo: «La incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en

las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas» (art. 16 LPH). Es evidente que, de no constar anotada en el Registro esa incoación, la parcelación, la edificación y la demolición que cuenten con la debida licencia municipal accederán a él, con la consiguiente presunción de legalidad del acto que le atribuye, como a todas las situaciones jurídicas inscribibles, el art. 38 LH.

La tercera limitación es la sujeción a los derechos de tanteo y retracto. Su régimen legal es, muy resumidamente, el que sigue:

1. Quien se proponga enajenar un BIC o un bien incluido en el Inventario deberá notificarlo a los Organismos competentes —de la Comunidad Autónoma y de la Administración del Estado—.
2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación, la Administración podrá hacer uso del derecho de tanteo, obligándose al pago convenido entre el interesado y el tercero.
3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiese notificado correctamente, la Administración podrá ejercitar el retracto en el plazo de seis meses a contar de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.
4. Los derechos de tanteo y retracto de la Administración del Estado son preferentes a los de las Comunidades Autónomas siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un museo, archivo o biblioteca estatal —con lo que queda sin determinar la preferencia entre retrayentes cuando se trata de bienes inmuebles—.

Una de las cuestiones más complejas —desde el punto de vista sustantivo, y por tanto también desde el punto de vista registral— es la de la titularidad de los derechos de adquisición preferente. No tanto la titularidad en abstracto —que la resuelve la ley atribuyéndosela a los «Organismos mencionados en el artículo 6», es decir, Organismos estatales y autonómicos que tengan a su cargo la protección del PH— como la titularidad en concreto, sobre un bien determinado.

La competencia de una u otra Administración ¿deriva de la inclusión en el Registro General o en el Inventario —de manera que si consta en un Registro o Inventario autonómico la titularidad de los derechos de adquisición preferente es sólo autonómica—? ¿deriva del origen de la declaración de BIC o de la decisión de incluir en el Inventario —de manera que si procede del Consejo de Gobierno de una CA, sólo ella será titular de los derechos? ¿depende de la ubicación física del BIC o del bien inventariado?

El problema, en realidad, no es tanto de titularidad como de concurrencia de titularidades. Tanto la ley estatal como las leyes autonómicas acuden al criterio formal de la inclusión en el Registro o el Inventario. Pero al actuar, tanto el Registro como el Inventario estatal como catálogos generales, que incluyen la totalidad de los bienes declarados o inventariados del territorio español, la solución se complica. ¿Existe siempre concurrencia de titularidades? ¿Es esa la razón por la que el art. 38 establece la preferencia a favor de la Administración del Estado cuando se trata de enajenación de bienes muebles?

A mi juicio, la competencia autonómica excluye la estatal, por la razón de que la legislación autonómica sobre PH excluye la estatal en su respectivo territorio. El art. 149, ap. 1, n.º 28 atribuye al Estado la competencia de la «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español *contra la exportación y la expoliación*» y sobre «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas»; y el art. 148, ap. 1, n.º 16 atribuye a las CCAA la competencia sobre el «patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma». La Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991 entendió que se produce sustitución de funciones cuando una CA tiene estatutariamente atribuidas competencias sobre PH —se refería en concreto a la competencia para la declaración de BIC—, y esa regla creo que es generalizable a todas las demás cuestiones.

Por tanto, creo que se pueden sentar los siguientes criterios sobre titularidad de los derechos de adquisición preferente:

1. Las CCAA son titulares de esos derechos cuando se trata de bienes incluidos en sus respectivos Registros o Inventarios.
2. El Estado lo es respecto de los bienes, cualquiera que sea su ubicación, que no estén incluidos en Registros o Inventarios autonómicos.
3. Aunque estaría subsumido en la regla anterior, al Estado le corresponde el ejercicio de esos derechos en las CCAA sin competencias sobre el PH.
4. El Estado es igualmente titular de esos derechos cuando se trata de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado y cuando el ejercicio de los derechos de adquisición preferente implique «defensa frente a la exportación o expoliación de bienes integrantes del PH». Los bienes del Patrimonio Nacional son de titularidad del Estado —art. 2 Ley 23/1982 y están en parte sujetos a la LPHE —según la disp. adicional quinta de esa ley, pero los bienes del PN son inalienables, según el art. 6 de su ley propia (Ley 23/1982).

En cuanto a la concurrencia de derechos de adquisición preferente, a mi juicio sólo se da en los casos señalados en el número 4. Dos observaciones: 1.^a, debe tenerse en cuenta que los bienes adscritos a servicios públicos estatales pueden ser BICs de titularidad pública —estatal, autonómica o local— o de titularidad privada. El destino a un servicio público no implica, como es evidente, titularidad pública del inmueble en que ese servicio se desarrolla; 2.^a, una de las medidas frecuentes de «defensa frente a la exportación» es precisamente el ejercicio de los derechos de adquisición preferente. Un alto número de casos en que se ejercita el derecho de tanteo es precisamente el de la tramitación del expediente de exportación de bienes muebles incluidos en el Inventario (naturalmente, cuando el propósito de exportación va unido al propósito de enajenación mediante precio, porque es el negocio traslativo el que hace posible el ejercicio del tanteo).

Para ese caso de concurrencia no existe una regla legal de preferencia relativa a inmuebles. Sólo la hay para bienes muebles.

Algunas leyes autonómicas atribuyen también derechos de adquisición preferente a los Ayuntamientos, pero sientan un criterio de preferencia: los derechos de la entidad local son siempre subsidiarios.

La intervención de los Registradores —que «no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sin que se acredite haber cumplido los requisitos [legales]»— se prevé tanto respecto de los bienes inmuebles declarados BICs como sobre los bienes muebles incluidos en el Inventario General. En relación con los muebles hay que hacer dos precisiones:

a) Esta intervención registral, referida a bienes muebles, prevista por el legislador en el año 1985, sólo podía obedecer a un error, pero ha adquirido una justificación sobrevenida: el RD de 3 de diciembre de 1999 ha configurado el Registro de Bienes Muebles —previsto en varias leyes anteriores— como un Registro de titularidades, y entre los bienes susceptibles de inscripción en el mismo están «los objetos de valor artístico e histórico» (art. 54 LHMyPSD). En el folio registral dedicado a esos bienes podrá, pues, inscribirse la declaración administrativa de BIC.

b) Cuando se trate de bienes muebles declarados BICs que son inmuebles por destino (art. 334, n.º 4.º: las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fondo»), se extiende a ellos la obligación impuesta por la ley a la Administración de promover la inscripción de la declaración de BIC, y también el régimen de los derechos de adquisición preferente. Estos derechos se ejercerían, naturalmente, sobre el todo —inmueble por naturaleza e inmueble

por destino—, lo que puede suscitar alguna duda: caso de la venta de un latifundio con un escudo declarado BIC.

Los Conjuntos Históricos pueden tener el carácter de BIC, y por tanto pueden ser objeto de los derechos de adquisición preferente previstos en la LPH, pero sólo cuando sean objeto de transmisión unitaria —cosa poco probable, por su gran extensión y porque no suelen tener un propietario único que pueda enajenarlos—; los derechos de adquisición preferente no se extienden a cada uno de los inmuebles que lo integran, sino sólo a los que hayan sido declarados BIC; por citar un ejemplo: en el casco histórico de Toledo hay 170 inmuebles declarados BIC, y sin embargo, la totalidad de las fincas registrales se eleva a 6.759.

Dicho esto, hay que decir también que en el año 1994 se introdujo en el Reglamento —concretamente en el art. 40— una norma despistante —concretamente en forma de apartado «1 bis»—: después de reiterar el ámbito de los bienes sujetos a derecho de adquisición preferente, en términos idénticos a los señalados por la ley —como no podía ser de otra manera—, y por tanto, bienes declarados BICs y bienes incluidos en el Inventario, añade: «en los supuestos de inmuebles situados en conjuntos históricos afectados por expedientes de declaración de interés cultural, la obligación de notificación se circunscribe a los que reúnen las condiciones señaladas en el art. 62, ap. 2, de este Real Decreto» (esas condiciones son: que el inmueble tenga una antigüedad igual o superior a 50 años; o que esté incluido en el catálogo previsto en el Reglamento de Planeamiento Urbanístico).

Obsérvese que la nueva norma no se refiere a inmuebles incluidos en Conjuntos Históricos declarados BICs, sino en Conjuntos Históricos «afectados por expedientes de declaración de interés cultural».

La norma produce perplejidad por dos razones:

- 1.^a Porque se extralimita del ámbito, no sólo de la Ley, sino del que acaba de trazar, en el apartado anterior, el mismo precepto reglamentario.
- 2.^a Porque si lo que esta norma pretende es sujetar a los derechos de adquisición preferente esos inmuebles incluidos en Conjuntos Históricos, no se entiende por qué sólo lo prevé para los casos de expediente incoado y no de expediente concluido.

Los negocios —previstos o ya celebrados— que hacen posible el ejercicio de los derechos de adquisición preferente son los que implican «enajenación mediante precio». Entre ellos hay que incluir:

- a) la compraventa y las ventas forzosas derivadas de procedimientos judiciales o administrativos,

- b) la adquisición por ejercicio de opción de compra,
- c) la adquisición por ejercicio de tanteo o retracto convencional —aunque quizá en este caso lo que se da, más exactamente, es una preferencia del retracto legal sobre el convencional, y el acto desencadenante sea la enajenación primera—. (En la fase inicial en que el titular de un bien de interés histórico se limita a constituir un derecho real limitado de adquisición preferente —opción, tanteo o retracto— no puede actuar aún la Administración).

Sólo cuando la contraprestación consiste en dinero es posible la subrogación de la Administración en el lugar del adquirente, y por tanto no existe d.º de adquisición preferente en interés del PH cuando se trata de:

- a) permuta,
- b) transmisión a cambio de renta vitalicia,
- c) todas las operaciones societarias que impliquen transmisión de un bien, de socio a sociedad, de sociedad a socio, o de sociedad a sociedad: constitución, aumento y reducción de capital, transformación, fusión, escisión, disolución, cesión global de activo y pasivo.

Dos observaciones finales sobre la intervención del Registrador en las transmisiones de BICs:

- a) El art. 38 LPH prohíbe a los Registradores que practiquen inscripciones de transmisión de derechos reales limitados sin que se acrediten las notificaciones previstas para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente. La norma tiene una difícil interpretación: si se trata de derechos de garantía, no tiene sentido ninguno, porque la Administración no podría convertirse en prestamista-acreedor hipotecario; si se trata de derechos de uso y disfrute, no se entiende que sentido tendría que la Administración se convirtiera en usufructuaria, en usuaria, en habitacionista...; si se trata de derechos de adquisición preferente —opción o tanteos y retractos convencionales— no se ve la utilidad de la norma, porque el derecho de adquisición preferente podrá ejercitarlo en el momento de la transmisión del dominio. Obsérvese además que no se dice *cuando se constituyan* sino *cuando se transmitan*.
- b) La referencia a los Registradores Mercantiles es igualmente misteriosa. Ya hemos visto que no hay derecho de adquisición preferente en las operaciones societarias.

**REFLEXIONES DISPERSAS
SOBRE EL DERECHO
DE LOS BIENES CULTURALES**

Javier Barcelona Llop
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

1. INTRODUCCIÓN

Me sugieren los organizadores del *Encuentro* que redacte unas páginas a propósito del mismo, de lo que en él se ha dicho, oído y discutido. Dado que durante el tiempo que duró me trataron con extraordinaria y exquisita amabilidad, no puedo negarme a ello; pero como tampoco quiero hacerlo, resulta que, al final, esta extravagante contribución mía a la publicación de las *Actas* constituye un placentero y cómodo ejercicio, ajeno a todo compromiso, de igual modo que lo fue mi presencia en la Salamanca de la capitalidad cultural europea aquellos días últimos del mes de mayo de 2002, de los que guardo un grato recuerdo; no sólo académico, que no es poco, sino también personal. Aspecto éste que, según van pasando los años, me parece cada día más valioso.

El *Encuentro*, como bien se aprecia consultando el presente volumen, fue interdisciplinar. En él participaron activamente especialistas en diferentes ramas del saber, todos altamente cualificados. Eso le dio un tono plural muy acorde con la materia sobre la que versó¹. Pero como sólo soy un jurista y creo que acierta el refrán que aconseja al zapatero que se aplique únicamente a los zapatos, limitaré mis reflexiones a ciertas *cuestiones de Derecho*, soslayando las de otro género. No voy a seguir la sistemática de las ponencias jurídicas ni de las discusiones que las enriquecieron, dentro y fuera del Aula Miguel de Unamuno del Edificio Histórico de la Universidad de Salamanca, como tampoco me detendré en todos aspectos de Derecho que allí se ventilaron. Me tomo de mi mano mayor algunas libertades y ordeno del modo que

¹ Quizá porque era inevitable y, seguramente, porque el tema es apasionante para los juristas y para quienes no lo son, el caso del Teatro Romano de Sagunto, resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000, fue objeto de atención reiterada. Yo no voy a entrar en él aquí, pero no quería dejar de mencionarlo porque es un claro exponente de cómo las cuestiones relativas al Patrimonio Cultural no admiten la reducción inherente a los enfoques unidireccionales (sean los que sean) y reclaman a gritos la riqueza de los análisis plurales.

me parece más conveniente estas cavilaciones jurídicas sobre el Patrimonio Cultural y aunque, de una forma u otra, de bastante de lo que se habló en el *Encuentro* hablaré aquí, lo haré a mi modo y manera, añadiendo incluso por mi cuenta otros ingredientes al succulento guiso del Derecho del Patrimonio Cultural que allí se cocinó sabiamente; no por mejorarlo, que no está en mi mano, sino por pura y simple apetencia personal. Tampoco pretendo ser original; muchas de las cosas que digo han sido apuntadas ya antes por otros e incluso por mí. Entiéndase, pues, estas reflexiones dispersas como lo que son: exactamente lo que el sustantivo y su adjetivo indican.

2. ¿QUÉ BIENES FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO CULTURAL A EFECTOS LEGALES?

Partamos de una evidencia importante: el Derecho del Patrimonio Cultural es esencialmente protector, obedece a la necesidad de garantizar la función cultural inherente a determinados bienes, con independencia de su titularidad. Así se desprende del artículo 46 de la Constitución y, desde luego, todas las leyes y normas jurídicas que han aprobado el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la materia coinciden en ese objetivo fundamental². Por no hablar de los numerosos textos internacionales orientados en la misma dirección³. Evidentemente, no se protegen los bienes y objetos por sus cualidades físicas o materiales, sino por lo que representan, por el valor cultural que incorporan, sea artístico, sea histórico, sea arqueológico, etc.; pero la cuestión estriba en establecer qué valores culturales deben concurrir en un

² Enumero ahora las leyes que, en lo sucesivo y llegado el caso, se citarán abreviadamente (LPHE, Ley de Aragón, etc.). Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha; Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco; Ley 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía; Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán; Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid; Ley 11/1998, de 13 de octubre, del Patrimonio Cultural de Cantabria; Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares; Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés; Ley 4/1999, de 15 de marzo, del Patrimonio Histórico de Canarias; Ley 2/1999, de 29 de marzo, del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias; Ley 12/2002, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León.

³ No es caso de hacer aquí una enumeración de textos significativos, que sería ciertamente larga; baste con la remisión a los que se incluyen en los volúmenes recopilatorios que se mencionan en la *nota bibliográfica*. Aunque otros podrían añadirse, cito sólo el *Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente*, hecho en Roma el 27 de junio de 1995 y ratificado por España por Instrumento de Adhesión de 9 de mayo de 2002 (BOE de 18 de octubre de 2002).

bien determinado para que éste quede bajo los dominios tuitivos de la legislación de Patrimonio Cultural y de las técnicas jurídicas que arbitra.

Estimo acertado que en el lenguaje jurídico la expresión *Patrimonio Cultural* sustituya a las más tradicionales de *Patrimonio Histórico*, *Patrimonio Histórico-Artístico* o *Patrimonio Monumental*, pues desvincula los bienes acreedores de protección de una determinada antigüedad, que no necesariamente tienen que tener, de un juicio estético que depende en buena medida de la subjetividad del observador y de unas características externas que sólo poseen bienes que pertenecen a una cierta clase⁴. Ahora bien, creo que la exégesis y aplicación del concepto jurídico de Patrimonio Cultural no pasa por la importación del significado filosófico, antropológico o sociológico de la palabra *cultura*, cuya amplitud tan considerable como conocida la convierte en inservible para delimitar los bienes merecedores de la protección que dispensan las leyes. Es necesario seleccionar y reducir la tutela a los que tengan algún interés destacado. Interés que ninguna relación guarda, advierto, con el valor que los bienes puedan tener a efectos mercantiles; hablo de un interés cultural imposible de traducir a dinero siquiera a veces, convencionalmente, se ponga precio al objeto que lo incorpora.

La tarea señalada es, sin duda, compleja, pero la estimo de necesario acometimiento pues no toda obra humana o todo bien relacionado con nuestra especie debe beneficiarse de un régimen jurídico de protección aunque tenga dimensión cultural desde la perspectiva de la Antropología, la Filosofía o la Sociología. Es decir, no todas las manifestaciones de la cultura pueden considerarse Patrimonio Cultural a efectos legales. Si nadie discute que, aunque que toda producción cinematográfica pueda tener interés cultural antropológicamente hablando, sólo algunas películas merecen una consideración especial (y el debate está, lógicamente, en cuáles), ¿no puede decirse lo mismo de los bienes a proteger por nuestras leyes de Patrimonio Cultural? ¿Acaso es rechazable que la tutela que dispensan las normas sólo recaiga sobre bienes con una relevancia cultural añadida a la que de suyo tienen todos los vinculados con la experiencia humana? Sucede lo mismo con la legislación de espacios protegidos, que únicamente afecta a aquellos lugares con un valor natural o ambiental cualitativamente superior al que, sin duda, tienen todos

⁴ Aunque se trata de otra cosa, cabe recordar que si el artículo 148.1.16 de la Constitución permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de *patrimonio monumental* de su interés, los Estatutos de Autonomía no circunscribieron la competencia a esta variante o modalidad del Patrimonio Cultural. Es cierto que otros títulos competenciales de contenido cultural facilitaban la operación, pero no deja de ser interesante que los Estatutos huyeran de la reducción objetiva que lleva aparejada la terminología empleada en ese precepto constitucional y prefirieran otra. Véanse, por ejemplo, y cito por las primeras versiones, los artículos 10.1, II) del Estatuto de Asturias, 22.14 del Estatuto de Cantabria, 8.1.14 del Estatuto de La Rioja, etc.

los rincones de la Naturaleza no degradados o echados a perder por la mano del hombre.

Para el Derecho, proteger implica escoger lo que se protege; si se tutela todo, las normas tuitivas pierden sentido, justificación y entraña institucional. También las de Patrimonio Cultural. A éstas y a las técnicas que arbitran es inherente que se apliquen a bienes que representan algo más que un valor cultural en sentido antropológico, lo que obliga a una selección previa e inevitable; ningún ordenamiento protector puede descansar sobre la indeterminación de lo que protege ni pretender aplicarse a una extensión objetiva sin contornos precisos.

Hay, además, otra razón, que se suma a la anterior: una cosa son las leyes y otra diferente las Administraciones Públicas que las ejecutan, que suelen andar justas de medios personales, materiales y financieros. Las leyes pueden ser tan ambiciosas como sus autores quieran, pero la realidad administrativa se encarga enseguida de poner las cosas en su sitio cuando es necesario. Salvo que a las leyes de Patrimonio Cultural acompañe el pan de nuevas y nutridas dotaciones presupuestarias, no queda más remedio que aplicarlas con los medios de que se dispone, que no suelen ser abundantes. En tales condiciones, la selección de lo que se debe (y puede) proteger no es ya un imperativo filosófico, sino eminente y descarnadamente práctico. Pero aunque los medios sobran, seguiría siendo necesaria por razones de principio.

A tal propósito, es útil que la aplicación de las leyes de Patrimonio Cultural quede limitada a los bienes que han sido previamente incluidos en alguna categoría legal de protección, normalmente a través de una decisión administrativa expresa y motivada⁵. No es necesario llegar al extremo de la Directiva 97/3/CEE, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, que impone requisitos adicionales a la declaración⁶, pero la obligada precedencia de un pronuncia-

⁵ Digo normalmente porque son factibles otras vías. Así, recuérdese que el artículo 40.2 LPHE declara Bienes de Interés Cultural las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre. Pienso que este modo de proceder debe ser excepcional; entre otras razones porque las declaraciones legales de esa clase no admiten matices ni modulaciones, que deben considerarse siempre posibles. Claro que también hay que apelar a la racionalidad administrativa, pues al fin y al cabo es la Administración quien tiene que plasmar en medidas concretas el mandato legal. Hay cavernas que en la boca o sus proximidades albergan manifestaciones de arte rupestre, pero cuyo desarrollo alcanza un número nada despreciable de kilómetros (ocho, diez, quince, más incluso); ¿toda la cueva es Bien de Interés Cultural?, ¿no será necesario deslindar el espacio acreedor de protección?

⁶ A los efectos de la acción de restitución que regula, la Directiva no exige sólo, en efecto, que el bien que haya salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro esté clasificado «como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional» con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales, sino también que pertenezca a una de las categorías que

miento introduce seguridad y, bien diseñado y mejor aplicado, es un mecanismo valioso.

Bien diseñado porque no es conveniente que exista un número excesivo de categorías legales de protección (particularmente, pienso que las dos previstas en la LPHE bastan y sobran, aunque no son de la misma opinión diversos legisladores autonómicos). Las leyes deben aceptar que no todos los bienes culturales merecen la protección que dispensan y han de hacer lo posible por facilitar la selección de los que son acreedores de ella, lo que no casa bien con la creación de categorías añadidas a las estrictamente indispensables. Además, tienen que utilizar expresiones que orienten su aplicación en un sentido restrictivo: bienes culturalmente relevantes, de especial significación o interés, etc.

Y mejor aplicado porque, casi ni hace falta decirlo, el mecanismo no es un antídoto infalible contra eventuales declaraciones arbitrarias o carentes de cimiento serio, cuyo riesgo de producción se multiplica exponencialmente si proliferan los sujetos llamados a decidir, como sucede entre nosotros. Es obligado exigir mesura y prudencia a los administradores, que deben saber resistirse a las poderosas tentaciones que pueblan una materia tan sensible como ésta, que han de ser conscientes de que las técnicas del Derecho del Patrimonio Cultural y éste mismo no admiten manipulaciones y que el rigor con que deben ser aplicadas es incompatible con declaraciones sin fundamento objetivo y contrastado⁷. En este punto, hemos de recordar que las decisiones administrativas deben apoyarse en el juicio de los expertos, cuya orientación es exclusivamente técnica y científica, siquiera sea necesario decir también que aquellos no deben dejarse seducir más de lo debido por la concepción antropológica de la cultura. A ello puede ayudar la ya mencionada utilización de expresiones legales determinadas enfatizando el interés cualificado del bien.

En suma, reputo que la técnica es beneficiosa y cancela un efecto de todo punto indeseable: la indeterminación del Patrimonio Cultural protegido jurídicamente que, me parece obvio, debe evitarse a toda costa. Incluso cabe

figuran en su Anexo o que, aun no perteneciendo a ellas, forme parte de colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas o de inventarios de instituciones eclesiásticas. Téngase en cuenta que la determinación del concepto de *bien cultural* en el nivel comunitario ha estado sometida a múltiples tensiones provocadas por los intereses divergentes de los Estados miembros, por lo que tiene sentido que la Directiva sea muy puntillosa en este aspecto. En los ordenamientos nacionales, y a los efectos de su aplicación interna, esos problemas no se plantean.

⁷ Por no hablar de las que obedecen a móviles espurios y viciados sin remedio que ni siquiera vagamente pueden conectarse con el Derecho del Patrimonio Cultural y están ya en otro nivel. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1999.

apuntar en su haber que, en tanto en cuanto se traduzca en decisiones administrativas, su control contencioso será posible, siquiera de intensidad condicionada por el hecho de tratarse de una potestad que gira sobre el gozne de la discrecionalidad técnica⁸. Control por supuesto extensible a las decisiones de incoación del expediente, que tienen el mismo efecto delimitador del patrimonio legalmente protegido que los actos que ponen fin al procedimiento, siquiera sea cautelarmente pues la eficacia definitiva sólo puede predicarse los segundos.

Sin embargo, no es esa la línea que siguen nuestras leyes o, cuando menos, no es la seguida de forma unánime. Las hay que, en efecto, se apoyan en la previa y formalizada individualización de los bienes a proteger, pero también las hay que no. Comenzando por la LPHE, que reserva las categorías de bien de interés cultural y bien inventariado a los *más relevantes del Patrimonio Histórico Español*, admitiendo por consiguiente que de él forman parte otros. Con independencia de cómo lo formulan, el mismo criterio luce en varias leyes autonómicas⁹. Este modo de actuar suscita problemas graves: ¿cómo identificar esos bienes que vagan por fuera de las categorías legales de protección pero que también forman parte del Patrimonio Cultural a efectos jurídicos y a los que se pretende aplicar disposiciones tuitivas? ¿Es posible aplicar un dispositivo jurídico de tutela si no se acredita previamente que un bien la merece en razón del valor cultural que posee, finalidad que es, justamente, a la que sirven las declaraciones de inclusión en alguna categoría legal de protección?¹⁰. Da la impresión de que estas leyes alzapriman la ver-

⁸ Este es un tema bien estudiado por la doctrina aunque intuyo que quedan algunas cosas por decir sobre él exactamente en la medida en que quedan a propósito de la discrecionalidad técnica en general. ¿Acaso los informes emitidos en la fase pericial del proceso contencioso no pueden ser más contundentes y claros que los utilizados por la Administración en apoyo de la declaración de un bien como de interés cultural? La Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001 entiende, con la recurrida en casación, que las opiniones de los peritos procesales no desvirtúan la declaración de interés cultural impugnada, pero ni se plantea que ésta sea intocable. En el mismo sentido, la Sentencia de 3 de noviembre de 1999, que valora que la parte actora haya prescindido de «todo análisis crítico» de los informes que aconsejaron la incoación de un expediente de declaración de bien de interés cultural.

⁹ Cito un ejemplo. El artículo 13.2 de la Ley de Cantabria dispone que el Patrimonio Cultural que regula se clasifica en Bien de Interés Cultural, Bien Catalogado y Bien Inventariado. El precepto es impugnabile por razones sintácticas (¿no se clasificarán de esa manera los bienes que integran en Patrimonio Cultural en lugar de éste?) y discutible porque crea un *tertium genus* entre las dos categorías de la LPHE. Pero al margen de estos temas menores, es llamativo que el artículo 14 admita expresamente que la condición de bien integrante del Patrimonio Cultural de Cantabria se alcanza «sin perjuicio de su inclusión o no en alguna de las categorías» mencionadas, que no es por lo tanto necesaria.

¹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 2, c) de la Ley de Valencia: los bienes no declarados de interés cultural ni inventariados «serán objeto de las medidas de protección que esta Ley prevé con carácter general para los bienes del patrimonio cultural, así como de cuantas otras puedan establecer las normas de carácter sectorial en razón de sus valores culturales». O el artículo 7.1, a) de la

tiente antropológica de la voz *cultura* y olvidan que el ordenamiento jurídico protector de los bienes culturales debe descansar sobre otras pilastras.

En otro orden de consideraciones, señalo que a veces las leyes hacen depender su aplicación de que los bienes hayan ingresado en una categoría legal de protección, por lo que se sitúan aparentemente en la línea de lo que se defiende aquí. Pero es eso, mera apariencia. Así ocurre cuando crean categorías que, potencialmente, son auténticos *cajones de sastre* en los que todo cabe, verdaderos falansterios en los que pueden alojarse con carácter residual los sedicentes bienes culturales que no encajan en las demás. Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley de Aragón: «los Bienes Culturales que no tengan la consideración de Bienes de Interés Cultural o de Bienes Catalogados formarán parte también del Patrimonio Cultural Aragonés y serán incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural Aragonés». Con independencia de que la condición formal de bien inventariado presuponga un pronunciamiento gubernativo, ¿tiene sentido la existencia de un instrumento semejante si a él acceden cualesquiera bienes de valor cultural en la acepción antropológica del término? Ya lo he apuntado y lo reitero ahora: si las decisiones previas de clasificación debieran exigirse siempre para así determinar el ámbito objetivo de aplicación de las leyes de Patrimonio Cultural, debieran también recaer sobre bienes con un interés cultural añadido al que poseen todos los relacionados con el hombre y sus actividades.

Con todo, no se puede desconocer que la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1998, de 17 de septiembre, acepta expresamente que formen parte del Patrimonio Histórico Español bienes no clasificados ni inventariados, por lo que parece que también el supremo intérprete de la Constitución presenta objeciones a lo que aquí se sugiere, que la oposición no proviene sólo de los parlamentos. Merece la pena que nos detengamos un momento en la Sentencia para comprobar si es exactamente así o no.

La Sentencia resuelve un recurso de amparo en el que los actores cuestionan, en lo que nos interesa ahora, que la interpretación judicial del artículo 558.5 del Código Penal de 1973 se ajuste al principio de legalidad penal. El precepto castigaba con pena de prisión menor a quienes causaran daños en el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional cuyo importe excediera de 250.000 pesetas. Conforme al criterio de los jueces penales, la expresión *Patrimonio Histórico Artístico Nacional* no es sinónima de bienes declarados o inventariados (o afectados por un expediente incoado al efecto), por lo que la con-

Ley de Castilla y León, que habla de un régimen común de protección aplicable a todos los bienes integrantes del Patrimonio que la norma regula, estén inventariados o no, hayan sido o no declarados de interés cultural.

ducta típica se comete aun cuando los daños se ocasionen a objetos sobre los que no ha recaído un pronunciamiento administrativo previo.

El Tribunal Constitucional considera que tal interpretación no es extensiva, carente de lógica o infundada. Dice al respecto que «lo que deba entenderse por Patrimonio Histórico-Artístico Nacional constituye un concepto normativo que es necesario integrar con la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español» y que si bien es cierto que ésta otorga una especial protección a los bienes inventariados o declarados de interés cultural, ello no significa que otros «queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español». Por lo tanto, no aprecia vulneración del principio constitucional de legalidad penal ¹¹.

¿Cabe deducir de ahí que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo bendicen la existencia de un Patrimonio Cultural innominado compuesto por todos los bienes que tengan valor cultural en sentido antropológico? Pienso que no.

La Sentencia constitucional se limita a certificar la amplitud objetiva del Patrimonio Histórico Español a la vista de su Ley reguladora y a señalar que la interpretación jurisprudencial del elemento normativo de un tipo penal es razonable en términos constitucionales, pues se ajusta a aquella circunstancia. Pero en absoluto rechaza, ni seguramente puede hacerlo, otras fórmulas legales proclives a restringir la extensión del Patrimonio Cultural protegido, que son perfectamente compatibles con el artículo 46 de la Constitución pues éste no impone que la tutela jurídica se dispense a todos los bienes culturales antropológicamente hablando. En otras palabras, que la LPHE diga en este particular lo que dice no implica que sólo pueda decir eso; lo mismo las autonómicas que siguen su estela.

Por otro lado, si es rigurosamente cierto que la Sala 2.^a del Tribunal Supremo rehúsa que la calificación previa del bien sea requisito necesario para entender que se han causado daños al Patrimonio Histórico Artístico Nacional, no lo es menos que tiene muy en cuenta la entidad cultural de los objetos afectados. La Sentencia de 3 de junio de 1995, que es contra la que se

¹¹ Indica la Sentencia que «no constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial, requisito integrante del tipo penal el que preceda la declaración de interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, se integran en el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme este es configurado por la citada Ley 16/1985». La calificación jurídica que los tribunales han dado a la conducta de los recurrentes en amparo (destrucción de restos arqueológicos aún no declarados formalmente) no merece, dice el Tribunal Constitucional, ningún reproche desde la óptica del principio de legalidad; «al tratarse de una interpretación lógica y suficientemente fundada, que no incorpora elemento alguno que no estuviese previamente previsto en la norma, no puede concluirse que la interpretación de los órganos judiciales suponga una aplicación extensiva o analógica o *in malam partem* del tipo penal».

alzaron los recurrentes en amparo ante el Tribunal Constitucional, aclara que las conductas castigadas afectaron a bienes que, aun no clasificados o inventariados, poseían una relevancia cultural inequívoca, patente, indiscutible ¹². En otros supuestos sucede igual ¹³. En la misma línea se pronuncia la Sala 1.^a del Tribunal Supremo para justificar la aplicación del régimen de la LPHE a bienes no clasificados o inventariados ¹⁴.

En resumen, que si los Tribunales prescinden de la calificación administrativa previa a la hora de considerar que un bien determinado merece protección legal, no pasan por alto que los bienes no clasificados deben tener un valor cultural inequívoco. De ahí que, en realidad, se pueda decir que si no estaban clasificados debían estarlo y que la no exigencia de decisión administrativa previa no significa que estén protegidos bienes sin otro valor cultural que el estrictamente antropológico.

Reitero, para concluir este apartado, que es necesario concretar, acotar, no dejarse llevar por el significado amplio de la voz *cultura* y comprender que

¹² Leemos en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que en la relación fáctica «se declara la existencia del conocimiento por parte de los acusados de la condición relevante de los restos arqueológicos y de la intencionada destrucción de los mismos a fin de poder culminar la edificación, así como que la licencia municipal se concedió respecto a aquella condicionada a la calificación como zona arqueológica de interés cultural».

¹³ Así, la Sentencia de 12 de noviembre de 1991, que si a propósito de la agravante del delito de robo por recaer la conducta sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico recuerda que la protección penal no requiere una previa declaración administrativa que resuelva la integración de los bienes en el Patrimonio Cultural, presta atención a las características culturalmente relevantes de los objetos robados, que reputa suficientemente contrastadas: unas «tallas únicas con evidente valor artístico, que datan del siglo XVIII, y aparecen incorporadas al retablo mayor de la Iglesia de donde fueron sustraídas; su existencia secular, formando parte del conjunto mencionado, trasciende a la memoria colectiva, constituyendo parte del patrimonio global histórico, cultural y artístico de la nación» (Fundamento de Derecho Tercero).

De la misma forma, la Sentencia de 6 de junio de 1988, que hace una interesante exposición de las razones por las que la protección penal no depende de una previa declaración administrativa y recuerda que, en cualquier caso, la determinación del valor cultural de los bienes no queda al arbitrio de los jueces; después se fija en las características de los que habían sido robados: «del resultado de los hechos probados aparece que los objetos sustraídos se hallaban colocados en las vitrinas de un museo en el que habían sido colocados porque sus especiales peculiaridades les hacían dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos en la materia, por lo que es indudable, que con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraban por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos, después de haber sido examinados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural».

¹⁴ La Sentencia de 30 de marzo de 2000 considera incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 28.3 LPHE (imprescriptibilidad de los bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español) unos azulejos datados en el siglo XVII que habían sido adquiridos por el Estado en 1972 y cuya propiedad reivindicaba el posterior comprador del inmueble al que estaban incorporados. Las cerámicas habían sido manufacturadas por Ruiz de Luna y su adquisición se había hecho con destino al Museo que, en memoria del alfarero, se construía en Talavera de la Reina.

el ordenamiento jurídico de los bienes culturales debe aplicarse selectivamente. Un sistema, bien ideado y mejor aplicado he dicho antes, de previa clasificación administrativa es la fórmula idónea y la reivindico sin género alguno de duda. La posible existencia de bienes culturalmente cualificados pero huérfanos de clasificación formal es una eventualidad que no hay que descartar, pero la experiencia acredita que el riesgo de que se produzca es hoy sensiblemente inferior al que existía hace 25 ó 30 años, pues la sensibilidad social y administrativa hacia el Patrimonio Cultural es mayor, con todo lo que ello implica de corrección de incurias y desidias ¹⁵. Pero si es ese riesgo lo que preocupa, el modo de conjurarlo no es estableciendo que todo lo que tenga dimensión cultural es Patrimonio Cultural a efectos legales y está protegido por el Derecho. En relación con los bienes arqueológicos, que son los más frágiles y los que mejor se prestan a que las declaraciones sean posteriores a su aparición o constancia, la aplicación del dispositivo legal de tutela está asegurada desde el momento en que el artículo 44.1 LPHE (y concordantes autonómicos) establece que son de dominio público, hayan sido o no extraídos, y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. Respecto de los demás, hay que exigir a las Administraciones Públicas competentes una actitud diligente y recordar a todos los sujetos implicados que existen deberes legales de cooperación y colaboración, cuya observancia es también necesaria para que lo digno de protección sea, en efecto, debidamente protegido ¹⁶.

3. A PROPÓSITO DE LOS BIENES CULTURALES INMATERIALES

Capítulo aparte merecen los bienes inmateriales, cuya inclusión en el Patrimonio Cultural legalmente protegido propicia la LPHE al enumerar los elementos del Patrimonio Etnográfico (artículo 46) y disponer que «gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad» (artículo 47.3). Las leyes de las Comunidades Autónomas no se han quedado atrás. Así, por ejemplo, el artículo 62.1 de la Ley de Castilla y León: forman parte del Patrimonio Etnológico de la Comunidad Autónoma «las actividades, conocimientos, prácticas, trabajos y manifestaciones culturales transmitidos oral o consuetudinariamente que sean expresiones simbó-

¹⁵ Y también, hay que decirlo, de excesos, pues está por ver si todas las declaraciones que proliferan de unos años a esta parte tienen o no un fundamento objetivo serio y razonable.

¹⁶ Por lo característico de sus destinatarios, merece la pena citar ahora, en el sentido del texto, el *Código Internacional de Ética para marchantes de bienes culturales* aprobado por la UNESCO en su 30.^a Conferencia General (1999).

licas o significativas de costumbres tradicionales o formas de vida en las que se reconozca un colectivo, o que constituyan un elemento de vinculación o relación social originarios o tradicionalmente desarrollados en el territorio de la Comunidad de Castilla y León». O el artículo 98.6 de la Ley de Cantabria, que habla del *patrimonio etnográfico inmaterial o latente*, sin que se entienda bien por qué utiliza para calificar al sustantivo un adjetivo que, según los diccionarios al uso, significa «oculto o escondido»¹⁷.

Reconozcamos, de entrada, que la pretensión de proteger esta clase de bienes sobrepasa las fronteras nacionales. En las Conferencias de Helsinki (1996) y Portoroz (Eslovenia, 2001), los Ministros europeos responsables del Patrimonio Cultural han adoptado textos en los que no falta una mención a ellos¹⁸. Por su parte, la UNESCO hace años que insiste en la necesidad de salvaguardar la cultura tradicional y popular, que define del modo siguiente: «el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores que se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes»¹⁹. Actualmente, la UNESCO trabaja en la elaboración de un texto jurídico relativo al patrimonio cultural inmaterial y maneja una definición incluso más amplia que la reseñada²⁰.

¹⁷ Patrimonio inmaterial o latente que, dice el precepto, está «compuesto por un caudal de prácticas y saberes transmitidos tanto por la fuerza de la costumbre como de forma oral, cuya extrema vulnerabilidad se deduce de su propia esencia y características». Acerca de la interpretación del precepto, que el lector que lo desee ponga a prueba su habilidad y conocimientos pues yo no soy capaz de pronunciarme, seguramente por ignorancia.

¹⁸ En la 4.^a Conferencia se adoptó la *Declaración de Helsinki sobre la dimensión política de la conservación del Patrimonio Cultural en Europa*, cuyo punto B.1 postula un concepto amplio de patrimonio que englobe no sólo el «arquitectónico y el arqueológico, sino también los paisajes culturales, los bienes muebles y el patrimonio intangible». En la Declaración número 2 de las adoptadas en la Conferencia de Portoroz, que es la 5.^a, se anima a adaptar los textos de referencia en materia de Patrimonio Cultural para extender el concepto hasta la noción de *ambiente cultural* y responder a la necesidad de defender los valores culturales, sean materiales, inmateriales o espirituales.

¹⁹ Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, adoptada en la 25.^a reunión de la Conferencia General de la UNESCO (París, 17 de octubre-16 de noviembre de 1989).

²⁰ Véase el *Informe relativo al estudio preliminar sobre la conveniencia de reglamentar en el ámbito internacional la protección de la cultura tradicional y popular mediante un nuevo instrumento normativo* (París, 16 de mayo de 2001). Allí se aboga por abandonar el término «folclore», que algunas comunidades consideran peyorativo, y por definir el patrimonio cultural inmaterial como «los procesos asimilados por los pueblos, junto con los conocimientos, las competencias y la creatividad que los nutren y que ellos desarrollan, los productos que crean y los recursos, espacios

Pero centrándonos en nuestro Derecho, ¿qué bienes forman parte del Patrimonio Cultural inmaterial?²¹. Algunas leyes descienden al detalle de citar expresiones culturales que, inequívocamente, deben integrarse en él, por lo que la operación delimitadora la hacen ellas mismas²². Pero es más común el empleo de fórmulas genéricas²³ o la enumeración de categorías de hechos y actividades²⁴. Si lo primero, es indispensable concretar qué manifestaciones de la cultura popular están protegidas por el Derecho: ¿qué actividades son formas relevantes de la cultura tradicional de un pueblo? Si lo segundo, cabe preguntarse por si todo lo que entra de un modo u otro en las categorías que cita la Ley está protegido por ella: ¿todos los bailes, canciones, juegos, tradiciones orales, costumbres y recetas culinarias forman parte del patrimonio inmaterial a efectos legales?

La cuestión es ciertamente compleja y los juristas debemos escuchar a los antropólogos y otros especialistas competentes, siquiera haya que tener presente que no todo bien cultural inmaterial tiene por qué recibir protección jurídica singular. Si postulaba más atrás que, a los efectos de la tutela jurídica, conviene restringir el Patrimonio Cultural material a los bienes en verdad significativos y culturalmente más relevantes, no encuentro motivo para no sostener ahora la misma opinión, y aun acaso todo lo contrario. Si queremos que la protección legal sea eficaz, el patrimonio inmaterial debe ser, permítaseme la expresión, manejable. Son tantas y diversas las manifestaciones de la

y demás aspectos del contexto social y natural necesarios para que perduren». Podría abarcar los siguientes ámbitos: «el patrimonio cultural oral; los idiomas; las artes del espectáculo y los actos festivos; los ritos y las prácticas sociales; las cosmologías y los sistemas de conocimiento; y las creencias y prácticas relativas a la naturaleza».

²¹ No desconozco que la acepción jurídica de la voz *patrimonio* no permite su aplicación a conjuntos íntegramente formados por bienes inmateriales, pero la empleo por comodidad y porque su uso es frecuente. Asumo el precio de la inexactitud.

²² Del abultado elenco de bienes, materiales e inmateriales, que forman parte del Patrimonio Etnográfico de Canarias (artículo 73.2 de la Ley respectiva), extraigo ahora los siguientes: el silbo gomero, el juego del palo o el garrote, el juego de la pelota de Lanzarote, el salto del garrote o hastia, el arrastre de ganado, el levantamiento del arado, la lucha canaria, la petanca y la vela latina.

²³ Por ejemplo, artículo 61 de la Ley de Andalucía: actividades que constituyan formas relevantes de expresión de la cultura y modos de vida propios del pueblo andaluz; artículo 64 de la Ley de Galicia: actividades y conocimientos que constituyan formas relevantes o expresión de la cultura y modos de vida tradicionales y propios del pueblo gallego. Muy parecido es el artículo 72, c) de la Ley de Aragón.

²⁴ Por ejemplo, artículo 69 de la Ley de Asturias: conocimientos técnicos, prácticas profesionales y tradiciones ligadas a los oficios artesanales; juegos, deportes, música, fiestas y bailes tradicionales; refranes, relatos, canciones y poemas ligados a la transmisión oral. Artículo 98.6 de la Ley de Cantabria: «los conocimientos ligados con los tradicionales modos de vida de la región, así como las costumbres jurídicas, los rituales, las creencias, la música, las canciones, la literatura oral, los juegos y todas aquellas manifestaciones sujetas a los cánones de la cultura regional».

cultura popular que, por fuerza, se impone un criterio restrictivo²⁵. Cualquier expresión de la cultura popular merece respeto y reconocimiento social, pero un sistema jurídico de tutela no puede aplicarse a un magma indeterminado de manifestaciones incorpóreas del espíritu²⁶.

Supuesto que logra acotarse el elenco de bienes inmateriales acreedores de atención por parte de los poderes públicos (para lo que resultan de suma utilidad los registros o instrumentos similares bien llevados), ¿en qué se traduce ésta? La LPHE emplaza a la Administración a que adopte las medidas conducentes al estudio y documentación de los conocimientos y actividades que estén en previsible peligro de desaparecer (artículo 47.3). En relación con los demás, proclama enfáticamente que gozarán de protección administrativa, pero es difícil adivinar en qué se plasma la tutela pues calla al respecto. En la legislación autonómica el criterio mayoritario gira en torno al estudio, documentación, recopilación y salvaguarda en soportes materiales, aunque se contemplan también otras medidas, como declaraciones de interés etnográfico o cultural.

Al hilo de esta cuestión, cabe recordar que algunos autores han impugnado la inclusión de los bienes inmateriales en el Patrimonio Cultural legal, aduciendo generalmente que son refractarios a la aplicabilidad las técnicas de protección características de este sector del ordenamiento. Y es, en efecto, rigurosamente cierto que las técnicas jurídicas tradicionalmente puestas a disposición de la tutela del Patrimonio Cultural presuponen la corporeidad del objeto protegido: inventarios de bienes muebles, planes especiales, tanteos, retractos, beneficios fiscales, declaraciones de ser de interés cultural, autorizaciones a la exportación, licencias de obras y suspensión de éstas,

²⁵ No voy a pisar un campo que me es por completo ajeno, pero se me ocurre un ejemplo que considero ilustrativo. Como veremos más adelante, se ha consolidado la idea de que el Patrimonio Cultural, o por lo menos buena parte de él, *es de alguna Comunidad Autónoma*. Y, ¿puede negarse que hay expresiones de la cultura popular que no difieren gran cosa de unos territorios a otros?, ¿incluso de unos países a otros? Muchos mitos y leyendas son parecidos en todas partes, seguramente porque los miedos y las reverencias de los hombres no dependen de las fronteras políticas sino de su propia esencia espiritual; hay platos típicos cuyas recetas se asemejan bastante en las zonas homologables por sus recursos naturales y la actividad de las gentes que viven en ellas... Existen, sin duda, expresiones culturales inmateriales autóctonas, características de una determinada región o comarca, pero tengo la impresión de que no faltan otras que son simples y ligeras variantes locales, meras adaptaciones, de modelos muy extendidos. ¿También éstas forman parte del Patrimonio Cultural inmaterial de una determinada Comunidad Autónoma?

²⁶ Quizá aquí más que en ningún otro caso se hace necesaria una llamada a la sensatez. El Patrimonio cultural inmaterial admite toda clase de manipulaciones: ¿quién no ha asistido a cómo costumbres, tradiciones y hábitos se convierten de un día para otro en señas de identidad, en estándares de la diferencia, en símbolos auténticos de un linaje secular y distinto al de los vecinos? Pienso, honestamente, que aquí hay mucha ficción, excesivo voluntarismo, demasiada política y poca cultura. Bien está cuidar de las tradiciones en todas las variantes en que se manifiestan, pero esa loable actitud tiene ciertos límites de los que debemos ser conscientes.

régimen de visitas, acciones de restitución, etc. Ahora bien, si se es consciente de que los bienes inmateriales admiten sólo medidas de protección adecuadas a su especial naturaleza, no veo graves obstáculos a su inclusión en el concepto legal de Patrimonio Cultural. Hoy está asumido que las manifestaciones culturales dignas de tutela jurídica no son sólo las que en otro tiempo la han recibido y deben seguir haciéndolo (conjuntos históricos, monumentos, obras de arte, antigüedades, etc.), sino que el vector inmaterial, popular y tradicional, de la cultura merece toda suerte de consideraciones. La cuestión estriba en el diseño de las medidas jurídicas que traducen esa filosofía. Es a este propósito ilustrativa la citada *Recomendación de la UNESCO sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular* de 1989, que pone el acento en la documentación, estudio, investigación y registro de estas expresiones culturales.

Tengo para mí que ese es, en realidad, el sentido general de nuestras normas. Es cierto que algunas postulan que la declaración de interés cultural se aplique a bienes inmateriales²⁷, pero de ahí no se sigue que los sometan al régimen propio de tal categoría. La opción legal debe criticarse porque traslada un concepto jurídico a un sector que no admite el régimen aparejado al mismo (si un concepto jurídico es algo es, ciertamente, un régimen jurídico), pero no cabe inferir de ella que los bienes inmateriales dichos de interés cultural sigan el régimen de los materiales declarados como tales. Es en este sentido ilustrativa la Ley de Extremadura, que tomo como simple botón de muestra. Su artículo 5 admite que los bienes intangibles sean declarados de interés cultural; su artículo 6 clasifica los bienes incluso en tal categoría: los inmuebles en el apartado 1, los muebles en el apartado 2 y, en el apartado 3, «las artes y tradiciones populares, los usos y costumbres de transmisión consuetudinaria en canciones, música, tradición oral, las peculiaridades lingüísticas y las manifestaciones de espontaneidad social extremeña». Éstos, dice el precepto, «podrán ser declarados y registrados con las nuevas técnicas audiovisuales, para que sean transmitidos en toda su pureza y riqueza visual y auditiva a generaciones futuras». Quizá debamos sentir curiosidad por lo que entienden los administradores de la Comunidad Autónoma que son «las manifestaciones de espontaneidad social extremeña», pero no podemos negar que el legislador autonómico aplica a los bienes inmateriales de interés cultural un régimen que no es el de los demás.

²⁷ Véanse, por ejemplo, los artículos 18.2 de la Ley de Canarias (conocimientos y actividades tradicionales declarados de interés cultural), 45 de la Ley de Valencia (régimen de los bienes inmateriales de interés cultural) y 12.4 de la Ley de Aragón (bienes inmateriales de interés cultural, entre ellos las actividades tradicionales que contengan especiales elementos constitutivos del patrimonio etnológico de Aragón).

Personalmente, dudo de que los bienes inmateriales admitan intervenciones distintas a la investigación, estudio y documentación en soportes que aseguren su transmisión a las generaciones futuras, y aun la documentación con muchas cautelas a propósito de las manifestaciones culturales vivas, pues deben seguir su evolución natural, generalmente modificadora y enriquecedora²⁸. La acción administrativa en este sector debe procurar el conocimiento y la difusión de la cultura popular y detenerse ahí. Expreso con ello serias reservas ante la conveniencia de que la Administración Pública fomente y apoye externamente conocimientos, actividades, costumbres, ritos o tradiciones populares. Lo característico de los bienes culturales inmateriales es que su existencia depende únicamente de la voluntad de los grupos sociales que los producen. Es quizá triste que perezcan de muerte natural, pero patético y humillante sería que subsistieran sólo gracias al suero del impulso gubernativo. Si así fuera, su condición *cultural* estaría irremisiblemente perdida, se convertirían en un guiñol, en un trampantojo.

Cuestión diferente es que los poderes públicos vean en ciertas manifestaciones de la cultura popular un modo de potenciar el atractivo turístico de comarcas y regiones, un señuelo más de los que se utilizan, con toda legitimidad, para atraer a los visitantes. ¿Es rechazable que la oferta turística organizada de un valle incluya la degustación de platos elaborados conforme a una receta ancestral?, ¿o la representación pública de danzas y canciones autóctonas? Evidentemente no. Pero la cuestión es si los habitantes del valle seguirían guisando, bailando y cantando de igual modo aunque nadie les visitara. Si la respuesta es negativa, pienso que, con toda la consideración y estima que merecen tales iniciativas, no guardan relación con la cultura popular. Lo harán con el fomento y la promoción del turismo, pero no con el Patrimonio Cultural inmaterial, refractario por naturaleza a inmisiones externas que interfieran el vínculo que le ata sólo a la libérrima voluntad de sus productores. Bien está que los festejos populares sean un atractivo turístico, pero si sólo existen por y para la distracción de los forasteros, no son expresiones de la cultura popular. La condición espiritual y definitivamente libre de esta variante de la cultura no es compatible con el artificio de representaciones aparentemente populares pero organizadas sólo para que los visitantes se diviertan y dejen algo de su soldada. Son legítimas e interesantes, pero deben presentarse sin embolicar a la cultura popular, que ni relación guarda con el fenómeno ni falta que le hace.

²⁸ No soy contrario al registro de formas vivas de la cultura popular, pero siempre que no se las congele o se auspicie que, en lo sucesivo, deben expresarse necesariamente como lo hacían cuando fueron documentadas. La cultura popular viva evoluciona al compás de sus productores y nadie tiene derecho a interferir en el proceso. Aunque con fórmula muy genérica, lo recuerda la UNESCO en la citada Recomendación de 1989: «la cultura tradicional y popular viva, dado su carácter evolutivo, no siempre permite una protección directa».

4. LENGUAS, MODALIDADES LINGÜÍSTICAS Y DERECHO DEL PATRIMONIO CULTURAL

Según el artículo 3.3 de la Constitución, «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección». Parece claro que el precepto no se refiere sólo a las lenguas oficiales (citadas como tales en los dos primeros apartados del artículo 3), sino a cualesquiera *manifestaciones lingüísticas*, todas componiendo de consuno un patrimonio cultural digno de tutela. Aunque el tema de las lenguas está lleno de elementos jurídicamente interesantes, aquí importa sólo valorar las relaciones que existen o pueden existir entre las modalidades lingüísticas y el ordenamiento regulador del Patrimonio Cultural; a este aspecto se limita la presente referencia.

Y la primera cuestión es: ¿qué hay que entender por modalidades lingüísticas? Aunque los filólogos tienen mucho que decir al respecto, los juristas podemos conformarnos con un dato formal, útil a nuestros efectos: además del castellano, existen otras lenguas oficiales en diversos territorios, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía (catalán, euskera, gallego y valenciano), y modalidades lingüísticas que no alcanzan el rango de oficiales pero que cuentan con expreso refrendo estatutario (el bable y el habla aranesa). Otros Estatutos de Autonomía reconocen la existencia de variantes lingüísticas dignas de protección, pero emplean formulaciones vagas e imprecisas, siquiera pueda adivinarse a qué se refiere alguno de ellos ²⁹.

Contamos, así, e insisto en que el conjunto se organiza sobre un elemento formal, con un número determinado de modalidades lingüísticas individualizadas estatutariamente ³⁰. ¿Reciben algún tratamiento por parte de las leyes de Patrimonio Cultural? No. Las lenguas oficiales son objeto de una regulación especial ajena a la que nos ocupa (las leyes llamadas de *normali-*

²⁹ Cfr., por ejemplo, los artículos 7 del Estatuto de Aragón, 12.3.2 del Estatuto de Andalucía, 11.2 del Estatuto de Extremadura y 4.2 del Estatuto de Castilla y León. Quizá por ser aragonés entiendo lo que dice el primero de los preceptos citados («las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón gozarán de protección»), pero es imposible desconocer que no da el paso de identificar lengua concreta alguna, que es lo que ahora interesa.

³⁰ Entiendo que a ellas se refiere el Instrumento de Ratificación de la *Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias*, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992. España ha declarado que, a los efectos de la Carta, «se entienden por lenguas regionales o minoritarias, las lenguas reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Illes Balears, Galicia, Valenciana y Navarra», así como aquellas otras «que los Estatutos de Autonomía protegen y amparan en los territorios donde tradicionalmente se hablan». Dicho Instrumento lleva fecha de 2 de febrero de 2001 y ha sido publicado en el BOE de 15 de septiembre del mismo año.

zación o de *política lingüística*). La misma pasa con las demás modalidades lingüísticas jurídicamente identificadas como tales: las leyes de Patrimonio Cultural eluden entrometerse en el tema, de cuya ordenación jurídica se encargan otras³¹. Exactamente igual en la Ley de Aragón, que si llega donde el Estatuto no lo ha hecho, especifica las lenguas minoritarias y dice de ellas que forman una riqueza cultural propia que debe ser especialmente protegida por la Administración, remite su disciplina a una ley especial³².

En resumen, allí donde existen lenguas jurídicamente individualizadas las leyes de Patrimonio Cultural prescinden de ellas, quedando su regulación en manos de otras normas llamadas a ordenar una materia compleja y repleta de temas esenciales para la convivencia. Lo que es un acierto a la vista de las medidas en que debe concretarse la acción pública en este campo, que no tienen mucho que ver con las que reclama la protección jurídica del Patrimonio Cultural³³. Una cosa es que las diversas modalidades lingüísticas sean un patrimonio cultural (artículo 3.3 de la Constitución) y otra diferente que su régimen de uso y protección deba formar parte de las leyes de Patrimonio Cultural.

Ahora bien, diversas leyes de Patrimonio Cultural aluden a la materia lingüística como un objeto más de su tutelaje. Ya se ha citado, por nota, el ejemplo de la de Asturias, que no afecta al bable, y hay otras. Según el artículo 64 de la Ley de Castilla y León existe en esa Comunidad Autónoma un verdadero *Patrimonio Lingüístico* formado por «las diferentes lenguas, hablas, variedades dialectales y modalidades lingüísticas que tradicionalmente se hayan venido utilizando en el territorio» de la misma; conforme al artículo 98.6 de la Ley de Cantabria, «la Consejería de Cultura y Deporte velará por

³¹ La Ley de Cataluña ni menciona al habla aranesa, que se rige, en lo que se refiere al uso, por la Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre el régimen especial del Valle de Arán y, supletoriamente, por la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998, de 9 de enero, de Política Lingüística. La Ley de Asturias sólo alude al bable para recordar que debe apoyarse la investigación y conocimiento de la *lengua asturiana*. Su artículo 72 se refiere a las *manifestaciones lingüísticas* que, como otras expresiones culturales inmateriales, pueden ser documentadas, protegidas y puestas al servicio de investigadores y ciudadanos, pero no parece que piense en el bable, cuyo uso y promoción sigue regulado en la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo.

³² Artículo 4 y Disposición Final Segunda de la Ley de Aragón. Quizá no sea irrelevante el recordatorio de que en el Estatuto aragonés la asunción de competencias sobre las modalidades lingüísticas y el Patrimonio Cultural está formalmente diferenciada; cfr. los puntos 30 y 33 del apartado 1.º del artículo 35.

³³ Los artículos 8 a 13 de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias expresan bien la acción pública a realizar en este campo. En definitiva, lo necesario es aclarar unos cuantos puntos fundamentales que tocan al sistema educativo, al acceso al empleo público y a la provisión de puestos de trabajo, a las relaciones entre Administraciones Públicas y ciudadanos, a la no discriminación por razón de la lengua, al empleo de las lenguas en los medios de comunicación social, en los carteles informativos etc., lo que no guarda mucha relación con el ordenamiento de los bienes culturales.

el registro de las formas orales que integran el habla cotidiana de los valles y comarcas de Cantabria y que den vida a la idiosincrasia de Cantabria»; o, en fin, el artículo 73.2 de la Ley de Canarias incluye entre los elementos del Patrimonio Etnográfico de la Comunidad Autónoma «los modismos y expresiones del léxico popular canario».

Particularmente, me pregunto por lo que cabe en esas formulaciones legales que reclaman, recuérdese, la protección jurídica del objeto al que se refieren. ¿La utilización de algunos sustantivos y adjetivos en lugar de otros?, ¿el empleo de sufijos determinados?, ¿idiotismos?, ¿corrupciones del castellano o de otras lenguas oficiales?, ¿añadidos por epéntesis o por prótesis?, ¿la acumulación de modismos y giros? ¿Cualquier forma de hablar merece atención por parte de los poderes públicos con independencia de su valor filológico? Volvemos al que se presenta como el punto del eterno retorno: ¿qué pueden y deben proteger las leyes de Patrimonio Cultural?

En todo caso, las variedades dialectales, las formas orales que integran el habla de valles y comarcas, los modismos y expresiones del léxico popular, etc., no pueden beneficiarse de las medidas jurídicas previstas para las lenguas y demás modalidades lingüísticas expresamente reconocidas como tales, cuyo régimen normativo circula al margen de las leyes de Patrimonio Cultural, como hemos visto. Incluso cabe indicar ahora que entre aquellas se ha discriminado y permitido un tratamiento jurídico no homogéneo ³⁴. Si esto es así a propósito de las modalidades lingüísticas que el Derecho reconoce como tales porque las individualiza, ¿qué puede hacer con las innominadas?

Suponiendo que su proyección no exceda de las relaciones domésticas que mantienen entre sí quienes las utilizan, lo único aceptable es el registro y documentación de las hablas, siquiera su interés cultural dependa de que lo tengan filológico, lo que puede no suceder siempre y aconsejar que el registro se haga sólo de las que sí lo tienen. Y basta. Es más, pienso que lo mejor que pueden hacer los poderes públicos es abstenerse, dejar a la gente hablar en paz, olvidarse de la cuestión, no inmiscuirse en que algunos ciudadanos empleen como han aprendido y porque les apetece lo que sólo es un instru-

³⁴ La Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias permite a los Estados que la ratifican elegir las modalidades lingüísticas que consideran cubiertas por ella (para el caso español, vid. nota 30), seleccionar, con límites que no vienen al caso, cuáles de sus disposiciones son aplicables a las escogidas y discriminar entre ellas determinando que algunas normas no son aplicables a ciertas modalidades lingüísticas y a otras claramente sí. De hecho, en el Instrumento de Ratificación, España distingue a estos efectos entre las lenguas oficiales según los Estatutos de Autonomía y las demás. Ello se explica en que no todas las lenguas regionales y minoritarias están en la misma situación ni obedecen a los mismos patrones sociales de uso, por lo que determinadas medidas sólo pueden aplicarse a las que han alcanzado un cierto grado de desarrollo como instrumentos de comunicación, no habiendo motivo para que se extiendan a otras.

mento que utilizan para convivir y entenderse en el mercado, la tasca o la plaza de la iglesia. Instrumento que seguirán empleando mientras les sirva para comunicarse y con independencia de lo que digan las leyes de Patrimonio Cultural, cuya preocupación por el lenguaje que utilizan a diario, si llegaran a saber de ella, les dejaría seguramente perplejos pues pensarían que, mientras sepan de qué hablan y se entiendan entre sí, no hay razón para que los poderes públicos se ocupen del asunto. Y si dejan de hacerlo tampoco, pues lo habrán hecho por su voluntad o a consecuencia de los cambios sociales, cambios que, por cierto, son tan culturales como irresistibles pues impareable es la evolución de los grupos sociales, que buscan siempre adaptarse a lo que les conviene mejor, como no puede ser de otra manera.

5. ¿CUÁNTOS PATRIMONIOS CULTURALES HAY EN ESPAÑA?

La Ley estatal de 1985 se dice reguladora del Patrimonio Histórico Español. Su Preámbulo habla de él en tono algo rimbombante: «es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea», «una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal» cuyo valor «lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos». La Ley parte de la existencia de un patrimonio cultural común, el Histórico Español, constituido «por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal», estructurando en torno a este concepto las medidas esenciales que prevé y «las técnicas de intervención que son competencia de la Administración del Estado». El discurso del Ministro de Cultura de la época al presentar en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico Español es altamente expresivo de la filosofía de la norma en este punto³⁵.

Ahora bien, no cabe pasar por alto que la Constitución reconoce el pluralismo cultural. Así ya en su Preámbulo, al decir que la Nación española pro-

³⁵ Dijo entonces el Ministro SOLANA MADARIAGA: «es precisamente en estos momentos de necesarias y profundas transformaciones cuando, más que nunca, debe quedar definida y afirmada nuestra personalidad colectiva. Y sus SS. SS. saben que la conciencia colectiva de un pueblo, lo que Américo Castro llamó “el denominador común”, viene dada por esa acumulación de bienes culturales que son la expresión del alma colectiva. Tanto más profundo, tanto más seguro será un cambio social cuanto más hunda sus raíces en lo mejor de nuestra Historia. Legado cultural y proyecto colectivo, permiten que fluya de forma natural la expresión “nosotros los españoles”, que tanto hizo mentar a don Américo.

Por eso, señorías, nos encontramos ante una Ley que yo me atrevería a calificar de identidad cultural, de identidad común» (DSCD, II Legislatura, n.º 123, 17 de mayo de 1984, 5627).

clama su voluntad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»; pero también en otros lugares: por ejemplo, en el antes aludido artículo 3.3 y en el artículo 46, que habla del patrimonio cultural, histórico y artístico de los pueblos de España. Es ardua la tarea de dilucidar cuáles son esos pueblos y sus culturas, pero ahora interesa sólo uno de los posibles aspectos de la cuestión: ¿el pluralismo cultural que la Constitución asume puede traducirse en la existencia de una pluralidad de Patrimonios Culturales jurídicamente formalizados y distintos del común o colectivo? Y si es así, ¿cuál es su relación con éste, que es del que habla la LPHE y al que la Constitución tampoco es ajena? Como contamos con datos normativos que aclaran la cuestión, vayamos a ellos.

Los Estatutos de Autonomía optaron por dos fórmulas distintas a la hora de determinar las competencias que las Comunidades Autónomas asumían en esta materia. Seis hablaron de competencias exclusivas sin mayores precisiones, aunque dejado por supuesto a salvo las que pertenecen al Estado en virtud del artículo 149.1.28 de la Constitución (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Valencia, Canarias y Navarra); incluso alguno introdujo una referencia al patrimonio cultural común (Disposición Adicional 5.º del Estatuto de Cataluña). Los restantes asumieron competencias ceñidas al patrimonio cultural *de interés* para la respectiva Comunidad Autónoma, salvo el de Aragón que fue por su lado.

La diferente redacción de los Estatutos tiene que ver con la de los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias en materia de Patrimonio Cultural, el 148.1.16 y el 149.1.28, y con la vía de acceso a la autonomía política seguida por cada territorio³⁶. Aunque es verdad que las competencias en esta materia no dependen sólo de los artículos citados, ambos condicionan fuertemente las dicciones estatutarias, tanto las iniciales como las de hoy. En lo que interesa aquí, los Estatutos del primer grupo siguen diciendo lo mismo que al principio, y los del segundo también; a éste se suma el aragonés, cuya redacción en este punto se ha homologado ya con la de los demás del bloque³⁷.

Más tarde, numerosos Decretos de traspasos transfirieron a las Comunidades Autónomas todas las funciones que el Estado venía realizando sobre el Patrimonio Cultural de interés de cada una de ellas, precisando que formaban

³⁶ Aunque cabe introducir un pequeño matiz: el Estatuto de Galicia, aunque sin duda podía haber seguido el criterio de las demás Comunidades de *primer grado*, prefirió utilizar el concepto de interés, que es el que todavía figura en su artículo 27.18.

³⁷ Cabe citar, igualmente, que los Estatutos de Ceuta y Melilla atribuyen a las Ciudades Autónomas competencias ejecutivas en materia de «patrimonio cultural, histórico y arqueológico, monumental, arquitectónico y científico *de interés*» para la respectiva Ciudad.

parte del mismo todos los bienes de valor cultural que se *encontraran en el territorio autonómico*, excepto los muebles de titularidad estatal depositados o custodiados en archivos, bibliotecas o museos estatales y los depositados que procedieran de centros o servicios de titularidad estatal. Es decir, acotaron el Patrimonio Cultural de *interés autonómico* conforme a un criterio geográfico. Así configurado, este Patrimonio pasó a ser el asiento objetivo de las facultades de las Comunidades Autónomas, prefiguradas ya como las titulares de las facultades comunes y ordinarias habida cuenta de las reducidas que los Decretos de traspasos reservaban al Estado en virtud de determinados títulos competenciales. Los Decretos de traspasos que no tuvieron necesidad de Eucaristía alguna para transubstanciar el *interés* en el territorio por no aparecer el primer concepto en el Estatuto, asumieron con naturalidad que el segundo delimitaba los bienes sobre los que las Comunidades Autónomas disponían de competencias.

Esa operación tendió una cuerda hacia la formación de un Patrimonio Cultural por cada Comunidad Autónoma estructurado en torno a un criterio exclusivamente geográfico y con independencia de que sus componentes tuvieran o no *interés* para la cultura del territorio respectivo. En la mayor parte de los casos se presumía que lo tenían por estar los bienes donde estaban y, en los demás, la apelación a la ubicación territorial zanjaba cualquier duda. De las dos primeras leyes autonómicas de Patrimonio Cultural la del País Vasco se asió a esa cuerda, y con tanta fuerza como cabía esperar. La de Castilla-la Mancha fue más comedida, pues si formalizó la existencia de un Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma integrado en el Patrimonio Histórico Español, dijo (y dice, pues está en vigor hoy) limitarlo objetivamente a los bienes de *interés* para Castilla-La Mancha. Pero ya sabemos lo que habían entendido al respecto los Decretos de traspasos, que identificaron *interés* de con *localización* en.

Poco después de la aprobación de esas dos leyes, el Tribunal Constitucional dicta la Sentencia 17/1991, de 31 de enero, por la que se resuelven los diversos recursos interpuestos contra la LPHE. La Sentencia reconoce que el Estado tiene competencia para la preservación del Patrimonio Cultural común, «pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias». Nada nuevo hasta aquí, pues el Tribunal ya había dicho lo mismo en la Sentencia 49/1984, de 5 de abril. Pero la 17/1991, además de resolver el interesante problema de qué debe entenderse por *defensa contra la expoliación* a los efectos de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.28 de la Constitución, dice que la calificación formal como de interés cultural de los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español corresponde a las Comunidades Autónomas en cuyo territorio estén ubicados, salvo que se trate de los contemplados en el artículo 6, b) LPHE. «La

categoría legal de los bienes de interés cultural dentro del Patrimonio Histórico Español, leemos en la Sentencia, *está integrada por los más relevantes del mismo normalmente situados en alguna de las Comunidades Autónomas*. Y a ellas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que a éste le viene atribuida por la Constitución y se señalan en el apartado b) del citado artículo 6».

En palabras sencillas, la Sentencia 17/1991 puso viento en las velas de las competencias autonómicas y las infló. Ahora bien, pienso que, a la fecha, podrían abrirse camino dos interpretaciones diferentes que llevaban a dos conclusiones alteriantivas:

a) A los meros efectos del ejercicio de las competencias, las Comunidades Autónomas disponen de ellas sobre todos los bienes culturales radicados en su territorio, excepto que su gestión corresponda al Estado. El concepto estatutario de *interés* se ha transformado en un criterio territorial, pero ello sólo en relación con el ejercicio de las competencias en materia de Patrimonio Cultural; de ahí que la simple circunstancia de encontrarse un bien en la demarcación geográfica de una Comunidad Autónoma determinada no le convierte automáticamente en parte del Patrimonio Cultural de ésta. Por intensas que sean las facultades autonómicas de gestión, esa conversión depende de que el bien esté vinculado a la cultura autóctona, que exprese un valor cultural que el pueblo sobre el que se articula políticamente la Comunidad Autónoma siente como propio y singular.

b) Si el criterio territorial prevalece sobre cualquier otro a la hora de delimitar objetivamente el ejercicio de las competencias autonómicas, el Patrimonio Cultural de las Comunidades Autónomas depende de su aplicación. No cabe disociar competencia de titularidad y si la primera obedece al elemento geográfico, la segunda también, excepción hecha, por supuesto, de los bienes de gestión estatal. En definitiva, que allí donde hay competencia de una Comunidad Autónoma hay Patrimonio Cultural de la misma, sin que sean necesarias consideraciones adicionales y en coherencia con línea que habían abierto los Decretos de traspasos.

Aunque, por las razones que explicaré más adelante, soy partidario de la primera opción, se ha consolidado la segunda.

En efecto, un buen número de las leyes autonómicas dictadas después de la STC 17/1991 dicen que los Patrimonios Culturales que regulan están formados por bienes de interés para la cultura de la respectiva Comunidad Autónoma, representativos de, o relacionados con, su historia y cultura. Si no me

equivoco, son tres las que prescinden de una referencia semejante y, con una fórmula u otra, proclaman que el Patrimonio Cultural al que se refieren no se identifica por un vínculo específico con la cultura propia de la Comunidad Autónoma (Extremadura, Canarias y Castilla y León). Sin embargo, las diferencias se detienen ahí pues, en realidad, todas las leyes autonómicas dan por hecho que *las competencias de las Comunidades Autónomas afectan a bienes que forman parte de su respectivo Patrimonio Cultural*. De este modo, el Patrimonio Cultural de Aragón, Cantabria, Valencia, etc., está formado por los bienes sobre los que la Comunidad Autónoma ejercen competencias, que son los existentes en su territorio y al margen de que tengan o no interés para la cultura autóctona de la misma. En el mejor de los casos, se prevé que las Comunidades Autónomas no pueden entrometerse en las competencias de gestión cultural que corresponden al Estado en relación con ciertos bienes, pero eso no añade nada a la regla principal ni la modifica.

¿Dónde está, entonces, el Patrimonio Cultural español?, ¿dónde ese testigo principal «de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea» al que alude el Preámbulo de la LPHE? Todo sugiere que, en buena medida, es el agregado de los demás, el resultante de la acumulación de los autonómicos identificados exclusivamente en función de demarcaciones territoriales. Que el Estado tenga facultades generales en materia de defensa contra la expoliación y la exportación ilegal y esté habilitado para establecer tratamientos jurídicos comunes no significa nada ahora, pues no hablamos de competencias, sino de *patrimonios culturales*.

Ahora bien, por fuerza son necesarias dos precisiones. Dista de estar resuelto, en primer lugar, que los espacios marinos sobre los que el Estado español ejerce soberanía de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (MONTEGO BAY, 1982) formen parte del territorio de las Comunidades Autónomas. Creo, y he expuesto por qué en otro lugar, que son ellas las competentes para autorizar la ejecución de intervenciones arqueológicas submarinas en el mar territorial, pero no tengo tan claro que un pecio situado allí forme parte del Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma autorizante a la vista del criterio utilizado para delimitar éste y de las graves dudas que pesan sobre la condición del mar territorial desde el punto de vista de la determinación del territorio de las Comunidades Autónomas ³⁸.

³⁸ Un, cuando ultimo estas líneas, novísimo dato normativo se introduce en debate de si el mar territorial es o no territorio autonómico. Me refiero al párrafo que el artículo 120.6 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añade al artículo 114 de la Ley de Costas. Conforme a él, la competencia autonómica sobre ordenación

En segundo lugar, hay bienes que integran un Patrimonio Cultural español que no resulta de la suma de los autonómicos. Ahí están, fundamentalmente, los bienes a que se refiere el artículo 6,b) LPHE (los adscritos a los servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional) y los depositados en los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, se haya encomendado o no su gestión a las Comunidades Autónomas. Tal y como están las cosas, si las Comunidades Autónomas carecen de competencias en relación con ellos, no forman parte de ninguno de los *Patrimonios Culturales autonómicos* cuya acumulación da como producto al español.

Señalo, para cerrar este apartado, que opino que la identificación material de los patrimonios culturales autonómicos debiera estar vinculada a que los objetos, los bienes, los restos, las costumbres o lo que se quiera tengan *interés para una Comunidad Autónoma determinada*. Esto es, que posean un valor específico para la cultura propia de los territorios que, abierto el paraguas de la Constitución, se han erigido en autonomías políticas; un valor intransferible en la medida en que expresa una cultura autóctona, diferente a la de los vecinos. Un valor, en suma, que identifique a un pueblo y le distinga significativamente de los demás que componen lo que hoy conocemos como España y seguiremos conociendo como tal mientras la Constitución diga lo que dice³⁹. Si la formación de las Comunidades Autónomas se ha hecho a partir de «las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica» (artículo 143 de la Constitución), es evidente la posibilidad de sustantivar patrimonios culturales autonómicos, pero también la necesidad de que representen algo propio del territorio, lo que pende del hilo del *interés*, que puede ser más grueso o más fino pero que siempre debe estar ahí, sujetándolos. Con independencia del tema de las competencias, no creo que podamos tumbar al patrimonio cultural en el lecho territorial de las actuales entidades políticas y, al estilo de Procusto, cortar por donde marcan los límites geográficos con el objeto identificar el de cada una de las Comunidades Autónomas.

territorial y del litoral a que se refiere el párrafo anterior del citado precepto de la Ley de Costas, «alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores». ¿Está indicando el legislador estatal que esos espacios marinos no forman parte del territorio de las Comunidades Autónomas litorales?

³⁹ En este sentido, y dejando al margen otros aspectos de la cuestión, estimo razonable que algunas leyes prescriban que al Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de que se trate pertenecen también bienes que, aunque no se encuentran físicamente dentro del territorio autonómico, son interesantes para la cultura autóctona, previéndose su retorno al solar patrio. Vid., entre otros, los artículos 2.2 de la Ley de Andalucía, 1.2 de la Ley de Valencia, 1.4 de la Ley de Galicia...

De ahí que me pregunte, por poner un ejemplo llamativo, por si los bienes culturales inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial no deben formar parte de un Patrimonio Cultural español cuya existencia actual no es fruto de la agregación de los autonómicos, sino que tiene sustantividad propia sean quienes sean sus gestores cotidianos ⁴⁰.

6. APUNTE SOBRE LA SINGULARIDAD INSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

En la influyente concepción de Giannini sobre *i beni culturali*, el valor cultural de la cosa se acentúa de tal modo que se desgaja de ella y pasa a ser un interés público y objetivo tutelado por los poderes públicos. Ello implica que la titularidad del bien no es un elemento decisivo en el tratamiento jurídico de los bienes culturales, que lo importante es su función cultural, la utilidad social que estos bienes están llamados a satisfacer; de ahí que el Derecho haya de ocuparse de que esa función se cumpla, con independencia de la condición pública o privada del bien. Su condición dominical es cuestión secundaria; por encima de ella se encuentra su función cultural, cuyo aseguramiento es lo verdaderamente importante.

La LPHE asume expresamente ese planteamiento y, con ella, las autonómicas. Ninguna prejuzga nada acerca de la propiedad o titularidad como tampoco lo hace, por cierto, el artículo 46 de la Constitución. Puesto que el interés cultural de un bien no tiene por qué implicar su conversión en público si por tal se entiende que su titularidad corresponde a una persona jurídico-pública y no a una privada, la solución es valiosa siempre que se prevean y apliquen las medidas necesarias para garantizar la efectividad de la función social de los bienes culturales.

⁴⁰ La cita de esos bienes culturales es reveladora y habla por sí sola: Parque y Palacio Güell y Casa Milà en Barcelona, Monasterio y Sitio del Escorial en Madrid, Catedral de Burgos, Alhambra, Generalife y Albaicín en Granada, Centro Histórico de Córdoba, Monumentos de Oviedo y del Reino de Asturias, Cuevas de Altamira, Ciudad Vieja de Segovia y el Acueducto, Ciudad Vieja de Santiago de Compostela, Ciudad Vieja de Ávila y sus iglesias extramuros, arquitectura mudéjar de Aragón, Ciudad Vieja de Cáceres, Ciudad Histórica de Toledo, Catedral, Alcázar y Archivo de Indias de Sevilla, Ciudad Vieja de Salamanca, Monasterio de Poblet, Conjunto Arqueológico de Mérida, Monasterio Real de Santa María de Guadalupe, Camino de Santiago de Compostela, Ciudad Histórica fortificada de Cuenca, Lonja de la Seda de Valencia, Las Médulas, Palacio de la Música Catalana y Hospital de San Pau en Barcelona, Monasterios de San Millán de Yuso y de Suso, Arte rupestre del Arco mediterráneo de la Península Ibérica, Universidad y barrio antiguo de Alcalá de Henares, Sitios Arqueológicos y Alta Villa fortificada de Ibiza, San Cistóbal de la Laguna, Sitio Arqueológico de Atapuerca, Iglesias románicas del Valle de Boí, Conjunto Arqueológico de Tarragona, Palmeral de Elche, Murallas romanas de Lugo y Paisaje Cultural de Aranjuez.

De este sencillo esquema conceptual la LPHE deja fuera a los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico. No sólo son públicos todos los descubiertos con posterioridad a su entrada en vigor, sino que, más precisamente, son de dominio público. Esta es una de las novedades más importantes de la Ley estatal, que las autonómicas respetan con escrúpulo siquiera la del País Vasco haya ido más lejos al extender el manto de la demanialidad a todos los bienes culturalmente relevantes de titularidad pública, arqueológicos o no ⁴¹.

La creación del dominio público arqueológico es un hito señero en la evolución de nuestra normativa de Patrimonio Cultural. Es cierto que antes de la LPHE existían bienes arqueológicos demaniales, pero tal condición dependía de factores concretos (por ejemplo, formar parte de la colección de un museo público) y no obedecía, como ahora, a una regla normativa de alcance general. Esta novedad de tan largo alcance sugiere algunas consideraciones, que paso a hacer telegráficamente y que responden a tres preguntas precisas ¿qué?, ¿por qué?, ¿de quién?

a) ¿Qué? remite a la determinación de los bienes que forman parte del Patrimonio Arqueológico. Todos los objetos y restos materiales que, dice el artículo 44.1 LPHE, «posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar». Ese concepto legal debe conectarse con la apelación que el artículo 40.1 LPHE hace a la *metodología arqueológica*; si es imprescindible, según la Ley, el empleo de esta metodología para afirmar que un bien, resto o vestigio forma parte del Patrimonio Arqueológico, el dominio público sólo se predica de los referidos en el artículo 44.1 que sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica. Otra interpretación, quizá inducida por la acusada imprecisión del tenor literal del artículo 44.1 LPHE, perdería de vista que el dominio público se afirma legalmente sólo a propósito de los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico y que éstos se caracterizan científicamente por ser susceptibles de estudio con la metodología pertinente ⁴².

⁴¹ Artículo 27: «los bienes culturales calificados cuyos propietarios sean la Comunidad Autónoma, los territorios o los municipios quedarán automáticamente protegidos bajo el régimen de dominio público, siendo, en consecuencia, sea cual fuere su destino o afectación, imprescriptibles e inalienables, quedando sujetos al régimen de uso y aprovechamiento propio de los bienes demaniales». Por bienes culturales calificados hay que entender, conforme al artículo 10.1 de la misma Ley, «aquellos bienes del patrimonio cultural vasco cuya protección es de interés público por su relevancia o singular valor y así sea acordado específicamente».

⁴² El artículo 44.1 LPHE es ciertamente equívoco, pues dice que «son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales *que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español* y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar». La expresión en cursiva parece dar a entender que

El dominio público arqueológico se proclama legalmente a propósito de los bienes y restos hallados o localizados, que no necesariamente extraídos (artículo 40.1 LPHE). La excavación y la ejecución de obras públicas o privadas no son las únicas vías a través de las cuales los bienes arqueológicos se ponen de manifiesto; basta con que se tenga noticia de ellos a través de prospecciones u otras intervenciones arqueológicas no destructivas, actuaciones éstas que, frente a lo que comúnmente se cree, se llevan buena parte del trabajo de los arqueólogos y cuyo rango científico es exactamente el mismo que el de las excavaciones. Es más, puede decirse que las modernas orientaciones en Arqueología priman las intervenciones no destructivas sobre las que sí lo son ⁴³.

Es evidente que la demanialización general que hace la LPHE sólo afecta a los objetos localizados a partir de su entrada en vigor; los demás, serán públicos o privados en función de lo que dispusieran las normas aplicables en el momento del hallazgo o de los avatares jurídicos que hayan vivido. Es decir, la declaración de demanialidad no tiene efectos retroactivos. Recuerdese, a este propósito, que si la Disposición Transitoria Tercera LPHE exige que los propietarios, poseedores y tenedores de bienes muebles de singular relevancia declaren su existencia a la Administración, mantiene su naturaleza jurídica, regla que es sin duda aplicable a los arqueológicos.

En otro orden de consideraciones, ¿alguien puede reclamar derechos de propiedad sobre restos u objetos hallados después de la creación legal del dominio público arqueológico e impedir, así, que se integren en este conjun-

cualquier valor es suficiente para afirmar la pertenencia al dominio público, a condición de que se den las circunstancias previstas en orden al descubrimiento. Pero me parece evidente que no es así, que el dominio público se refiere a los bienes arqueológicos y no a otros (no en vano el artículo 44 LPHE está en el Título especialmente dedicado a ellos) y que es necesario vincular la declaración de demanialidad con la condición de ser los bienes del Patrimonio Arqueológico, lo que depende de que sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica.

⁴³ Por ejemplo, leemos en el artículo 5 de la *Carta Internacional para la Gestión del Patrimonio Arqueológico*, adoptada por el ICOMOS (Consejo Internacional de Monumentos y Sitios Históricos, dependiente de la UNESCO) en Lausana en 1990, que «hay que admitir como principio indiscutible que la recopilación de información sobre el patrimonio arqueológico sólo debe causar el deterioro mínimo indispensable de las piezas arqueológicas que resulten necesarias para alcanzar los objetivos científicos o de conservación previstos en el proyecto. Los métodos de intervención no destructivos —observaciones aéreas, observaciones *in situ*, observaciones subacuáticas, análisis de muestras, catas, sondeos— deben ser fomentados en cualquier caso, con preferencia a la excavación integral». Y acto seguido: «puesto que la excavación implica siempre una selección de elementos testimoniales para ser estudiados, documentados y conservados, aun a costa de la pérdida de otra información y, eventualmente, de la destrucción total del monumento o yacimiento, la decisión de proceder a una excavación debe ser objeto de una profunda reflexión». En la misma línea se pronuncia la Convención de la UNESCO sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático (París, 2 de noviembre de 2001), que apuesta decididamente por la preservación *in situ* del patrimonio sumergido en lugar de por su extracción o recuperación.

to demanial? Este es un tema importante, que merece una atención que aquí no se le puede dispensar. Opino que si se prueba el dominio sobre los bienes descubiertos, la declaración de demanialidad no es operativa pues la propiedad privada no cede por las buenas ante el dominio público, salvo que se expropie. Existe una presunción legal de pertenencia de los bienes hallados al dominio público arqueológico, pero es *iuris tantum*, no *iuris et de iure*; de ahí que se pueda destruir, como alguna Ley autonómica acepta expresamente ⁴⁴.

b) *¿Por qué?* Si el dominio público arqueológico existe es por algo. El Tribunal Constitucional ha dicho que la declaración de bienes demaniales debe apoyarse en razones objetivas de cierto peso, que no es una facultad que el legislador pueda utilizar libérrimamente y para lo que quiera ⁴⁵. Han de existir, en suma, puntales materiales que soporten la decisión legal. Como no hay motivo alguno para excluir el caso que nos ocupa del criterio indicado, conviene preguntarse por las razones que justifican el alumbramiento del dominio público arqueológico, toda vez que el legislador ha guardado silencio sobre el particular: crea este conjunto demanial, pero oculta sus razones.

Se puede pensar que lo ha hecho para excluir a los bienes arqueológicos de toda posibilidad de apropiación privada, pero creo que esa explicación es insuficiente. A mi modo de ver, y consciente del componente especulativo del argumento, lo que el legislador pretende es aplicar a estos bienes un régimen jurídico de protección elevada, que en eso consiste el del dominio público al fin y al cabo. Si los bienes arqueológicos son demaniales, no sólo están fuera del comercio sino que la Administración dispone de facultades y prerrogativas de Derecho Público (me resisto a hablar de *privilegios*) cuyo ejercicio aspira a garantizar esa situación y, a la vez, a asegurar la indemnidad de los bienes que disfrutan de ella. Dominio público, pues, como sinónimo de protección jurídica acusada, intensa, exorbitante ⁴⁶. Pero, ¿es necesaria? ¿Por

⁴⁴ Artículo 65.2 de la Ley de Valencia: «son asimismo bienes de dominio público de la Generalitat los objetos y restos materiales que posean los valores propios del patrimonio cultural, así como los restos y vestigios fósiles de vertebrados, cuando sean producto de hallazgos casuales y no conste su legítima pertenencia».

⁴⁵ Según la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, aunque la facultad de declarar bienes de dominio público no aparece acompañada en el artículo 132.2 de la Constitución «de limitación expresa alguna, es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes *si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas*».

⁴⁶ Queda en pie el tema de la afectación, que merecería un estudio detenido. Ahora indico que, dada la amplitud que hoy tiene el concepto de afectación demanial, vinculado antes que a otra cosa a la satisfacción de un fin de interés general, el servicio a la cultura, que es un valor constitucional, tiene fuste suficiente.

qué razón el legislador ha considerado oportuno otorgarla sólo a los bienes arqueológicos y no a todos los de carácter cultural?

Pienso que en la base de la decisión está la convicción de que el Arqueológico es un Patrimonio en extremo vulnerable⁴⁷. Desde luego, cualquier bien cultural material está expuesto a la expoliación pero, seamos realistas, es más difícil robar un cuadro de un museo que apropiarse de unos vestigios arqueológicos o enterrarlos como si no hubieran aparecido. Hay expertos ladrones de bienes culturales que, de cuando en cuando, asombran por su audacia y habilidad, pero para dañar al Patrimonio Arqueológico, sea físicamente, sea ocultándolo, sea apropiándose de él, no hacen falta capacidades extraordinarias; basta insensibilidad cultural y desprecio por los bienes colectivos. Quizá por este motivo el legislador ha querido protegerlo especialmente aplicándole el concepto y el régimen jurídico del dominio público. Deseo ciertamente benemérito pero que sugiere alguna reflexión.

Como dudo de que la existencia legal del dominio público arqueológico impresione mucho a los vándalos, los expoliadores y a los clandestinos, si la Administración competente (la autonómica) no dispone de elementos personales y materiales suficientes, la ansiada protección legal puede quedarse, como coloquialmente se dice, en agua de borrajas. Hay que ser conscientes de que la creación del dominio público arqueológico compromete seriamente a los poderes públicos y les exige la adopción de medidas concretas que requieren medios muy nutridos. Es lícito preguntarse por si las Comunidades Autónomas disponen de ellos.

De todas formas, no todo debe hacerse recaer sobre las espaldas de las Administraciones Públicas: aficionados al empleo de aparatos de detección⁴⁸, investigadores y estudiosos⁴⁹, marchantes⁵⁰, etc., tienen también que sumar

⁴⁷ Convicción que albergan también importantes organismos internacionales. Así, por ejemplo, la revisión de la Convención Europea para la Protección del Patrimonio Arqueológico de 1969, hecha en La Valeta en 1992, arranca justamente de que este conjunto patrimonial está gravemente amenazado de degradación tanto por la multiplicación de grandes obras como por los riesgos naturales, las excavaciones clandestinas, las realizadas sin finalidades científicas, e incluso por una deficiente información al público.

⁴⁸ Nuestras leyes tan apenas se refieren al empleo de estos aparatos, a pesar de que hace años ya que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se ha pronunciado sobre el particular [Resolución 921 (1981), relativa a detectores de metales y arqueología, de 3 de julio de 1981]. El tema es interesante jurídicamente y no puedo detenerme en él ahora. Señalo simplemente, que, *como regla general*, la utilización de aparatos de detección es una auténtica prospección arqueológica, que debe estar sometida a las reglas jurídicas que gobiernan la ejecución de cualesquiera intervenciones arqueológicas.

⁴⁹ Hay que ser conscientes de que la Arqueología no es un pasatiempo, sino una actividad científica, que obedece a una determinada metodología que sólo dominan los expertos y que persigue únicamente incrementar el conocimiento sobre el pasado. Sólo puede estar al alcance de personas

sus esfuerzos y prestar su apoyo incondicional a la empresa que la LPHE ha puesto en marcha. Desde este punto de vista, la educación *en y para la cultura y el Patrimonio Cultural* puede contribuir a formar generaciones de ciudadanos conscientes de la dimensión social de estos bienes y de las responsabilidades que todos tenemos en relación con ellos.

c) *¿De quién?* Desde que en 1921 FERNÁNDEZ DE VELASCO introdujera en nuestro país la teoría de HAURIOU sobre el dominio público como una forma de propiedad, ha sido asumida de forma mayoritaria por los cultivadores españoles del Derecho Administrativo. Últimamente, sin embargo, está debilitada. Ello no se debe sólo a las opiniones de algunos jóvenes administrativistas, como se ha dicho con evidente ánimo de descalificar. Importantes juristas sostienen desde hace décadas que el dominio público no implica una relación de propiedad (por ejemplo, VILLAR PALASÍ) y el propio Tribunal Constitucional ha echado su cuarto a espadas en la misma dirección⁵¹. Si en su día asumimos la tesis de HAURIOU y aceptamos que el dominio público es

cualificadas profesional y científicamente; todo lo demás perjudica al Patrimonio Arqueológico. Es una evidencia que la cualificación científica no excluye comportamientos antisociales, pero restringir subjetivamente el círculo de personas que, bajo determinadas condiciones, pueden ejecutar intervenciones arqueológicas facilita el control riguroso de los resultados. Esa es la línea, tan firme como implacable, del actual régimen jurídico, nacional e internacional, de estas actividades.

⁵⁰ Ya he citado en otro lugar el *Código Internacional de Ética para marchantes de bienes culturales*; es una evidencia que las normas que lo componen (poco importa ahora su componente básicamente deontológico) son singularmente aplicables a los bienes arqueológicos. Incluso el Código se refiere expresamente a ellos en su artículo 3: «el negociante que tenga motivos razonables para pensar que un objeto procede de excavaciones clandestinas o que ha sido adquirido de manera ilegal o deshonestamente de un lugar de excavaciones autorizadas o de un monumento, se abstendrá de participar en cualquier nueva transacción referente a ese objeto, salvo acuerdo del país donde se encuentre el sitio o el monumento. El negociante que esté en posesión del objeto, cuando ese país intente conseguir su restitución en un plazo razonable, tomará todas las medidas permitidas por la ley para colaborar en la restitución de ese objeto al país de origen».

⁵¹ Ya sabemos que el Tribunal Constitucional no tiene que inmiscuirse en debates doctrinales y que su tarea es interpretar la Constitución a propósito de los litigios que resuelve. Pero, justamente porque es así, las siguientes palabras de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, resultan significativas: «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esa exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión o utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares». Aunque en Francia el *Conseil Constitutionnel* ha amarrado los bienes demaniales al banco constitucional del derecho de propiedad (Decisión 94-346, de 21 de julio), el ejemplo no nos sirve; se ha debido a razones que no podemos importar pues nuestra Constitución es diferente y hace completamente innecesaria la operación.

una forma de propiedad, no hay que rechazar que hoy sea posible alimentar la elaboración de una nueva teoría, que será válida sólo si es mejor que la anterior porque permite resolver mejor los problemas.

Pero, supuesto lo dicho, pienso que en nuestro sistema jurídico la noción de dominio público lleva aparejada la de titularidad. Esto es, que ha de existir siempre una persona jurídico-pública que asume la gestión demanial de los bienes, su defensa y conservación, así como, aunque esto es más complejo, las facultades de regulación, de ordenación abstracta. Quizá algún día convenga sustituir esa idea por la de competencia, como se ha propuesto ya, pero por ahora la titularidad parece un elemento esencial del régimen del dominio público. Y cabe que nos preguntemos por la titularidad del dominio público arqueológico, extremo sobre el que la LPHE guarda silencio, probablemente de forma consciente.

Las leyes de las Comunidades Autónomas han resuelto el problema de la manera que cabía esperar. Esto es, afirmando con más o menos solemnidad que el dominio público arqueológico es autonómico, en coherencia con la ya comentada proclividad hacia la creación de patrimonios culturales autonómicos⁵². Esta solución era, sin duda, una de las posibles y suscita algún interrogante que vuelve sobre una cuestión ya esbozada páginas atrás. ¿Puede afirmarse realmente que los vestigios romanos, fenicios o paleolíticos que se descubren en el territorio de lo que hoy es una determinada Comunidad Autónoma forman parte de *su Patrimonio Cultural*?

7. EL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO

Alimento de sueños de aventura y de riquezas, el patrimonio sumergido comienza a ser también una preocupación para el Derecho. La búsqueda de *tesoros* sepultados bajo las aguas del mar⁵³ no se considera ya una actividad

⁵² Hay alguna excepción, derivada de la propia organización institucional de la Comunidad Autónoma concernida. La Ley de Baleares atribuye el dominio público arqueológico a los Cabildos Insulares. Desde el punto de vista subjetivo, la solución es singular, pero coherente con las importantes atribuciones que los Consejos tienen encomendadas en materia de Patrimonio Cultural. Distinto es el caso del artículo 51.4 de la Ley de Cataluña que, al prever que una Administración Pública distinta de la autonómica pueda abonar los derechos de carácter económico que corresponden al descubridor casual de restos arqueológicos, parece aceptar que éstos ingresen en el dominio público de la pagadora.

⁵³ La expresión *patrimonio sumergido*, lo mismo que la de *arqueología subacuática*, no se limita a los vestigios submarinos, pero es claro que son éstos los que presentan una problemática jurídica más jugosa, pues la búsqueda, extracción y estudio de los yacimientos y restos sitios bajo las aguas continentales obedece a los mismos cánones que la de los existentes en el territorio emergido.

libre para cuyo ejercicio basten medios y voluntad, sino que se reclama con insistencia una ordenación jurídica que la aparte del principio de libertad de los mares y la sujete a reglas determinadas. Ello no debe causar extrañeza. Una vez que se generaliza la idea de que los bienes culturalmente relevantes deben estar al servicio de la cultura, de la colectividad titular del derecho a la misma y de que es necesario que expertos e investigadores cualificados extraigan de ellos la máxima información posible, no hay razón para que los bienes sumergidos queden al margen de ella. Su única singularidad es que están donde están; pero, desde el punto de vista de su función e interés culturales, eso no les diferencia en nada de los ubicados en tierra firme. Aunque es verdad que el Derecho vigente está todavía aquí poco menos que en mantillas, en un futuro de fecha incierta las cosas serán muy distintas por las razones que enseguida veremos.

Algunos países (como, por ejemplo, Francia) se han dotado de un dispositivo legal en la materia, pero son muchos más los que no lo han hecho. Entre ellos España, a pesar de que dispone de más de 8.000 kilómetros de costa, cuya normativa sobre el particular no supera la dimensión de lo simbólico: la LPHE establece que forman parte del Patrimonio Arqueológico los bienes susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica que se encuentren en el mar territorial o en la plataforma continental y se localizan referencias tan aisladas como dispersas en alguna leyes autonómicas; nada más. Ello no es en sí mismo preocupante, pues revela que a las intervenciones arqueológicas submarinas (que es la cuestión realmente clave) se aplican las normas que disciplinan todas las demás y que el destino de los restos localizados es engrosar el dominio público arqueológico. Ello tiene como efecto que la Ley de 27 de diciembre de 1962, por la que se establece el régimen de auxilio, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, no es aplicable a los bienes sumergidos susceptibles de estudio con metodología arqueológica, como implícitamente reconoce el artículo 86.6 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992.

Sin embargo, la perspectiva nacional es insuficiente desde el momento en que hablamos de actividades que se realizan en espacios marinos cuya régimen jurídico viene establecido en normas de Derecho Internacional. Es preciso, por lo tanto, volver la vista hacia ellas.

Hace años que tanto la UNESCO como el Consejo de Europa muestran preocupación por la arqueología subacuática en general y la submarina en particular y enfatizan la necesidad de un tratamiento jurídico de la actividad que no se separe del previsto para la terrestre. Pero sus aspiraciones se han topado con un problema bastante serio, cual es el de la determinación de hasta dónde alcanza geográficamente la *jurisdicción arqueológica nacional* en

los espacios marinos. El escollo es muy perceptible en el ámbito del Consejo de Europa cuya Asamblea Parlamentaria aprobó en 1978 una Recomendación por la que se instaba a la elaboración de una Convención Europea sobre el patrimonio cultural subacuático que contemplara la existencia de zonas nacionales de protección arqueológica hasta el límite de 200 millas náuticas, siempre que ello fuera geográficamente posible. Casi cinco lustros después, esa Convención no ha sido aprobada, seguramente porque los Estados miembros del Consejo de Europa no se han puesto de acuerdo sobre la extensión de los espacios marinos sobre los que pueden ejercer su jurisdicción arqueológica⁵⁴.

Hoy por hoy, sólo un texto internacional de Derecho positivo se pronuncia sobre extremo tan importante: La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que España ha ratificado en 1997. La norma no es desde luego prolija en alusiones a la materia, que son más bien marginales, pero contiene algunas de interés. Así,

a) Es claro que sobre las intervenciones en el mar territorial los Estados ejercen poderes de control completamente idénticos a los que ejercen en tierra emergida y que el régimen aplicable a las mismas y a los objetos es el nacional.

b) La Convención crea una *zona arqueológica* formada por las doce primeras millas de plataforma continental contiguas al mar territorial. Los Estados pueden presumir que la remoción de objetos de carácter arqueológico e histórico hecha allí sin su autorización constituye una infracción de sus normas aduaneras y fiscales (artículo 303.2). El alcance del precepto es discutido doctrinalmente, pero cabe entender que si habilita el control estatal sobre las remociones ejecutadas en esa zona, es más difícil aceptar que invite a los Estados a fiscalizar intervenciones diferentes (prospecciones, por ejemplo) o a considerar a su alcance el ejercicio de otros poderes de control. Con todo, no hay obstáculo a considerar que las autorizaciones de remoción son *arqueológicas* en sentido propio, obedientes en consecuencia al régimen previsto para las de esta especie⁵⁵, y que los restos extraídos seguirán la suerte

⁵⁴ Aunque no es desdeñable el aporte del Consejo de Europa a la protección jurídica del patrimonio sumergido, el desacuerdo citado empaña un tanto la eficacia de otros logros. Así, si el patrimonio subacuático accede al Convenio Europeo para la protección del patrimonio arqueológico de 1969 una vez que éste se revisa en 1992, el nuevo texto se considera incapaz de pronunciarse sobre la extensión geográfica de los poderes estatales de control e intervención dado que no todos los Estados comparten el mismo criterio sobre el particular.

⁵⁵ Lo que tiene más importancia de lo que a primera vista parece pues implica que están sometidas a los mismos requisitos que las demás autorizaciones arqueológicas: conveniencia e interés científico de la actividad, profesionalidad acreditada de los responsables, titulación, suficiencia de medios, garantías económicas, etc.

jurídica que disponga la legislación nacional sobre bienes culturales (en nuestro caso: ingreso en el dominio público).

c) Más allá de esa *zona arqueológica* campa el principio de libertad de las intervenciones submarinas y no hay disposiciones que habiliten poderes estatales de control. Existe, sí, un deber genérico de proteger el patrimonio arqueológico (artículo 303.1), pero no se plasma en regulaciones precisas; en relación con los objetos hallados en los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional (en la llamada *Zona*), el artículo 149 dice que «serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico o arqueológico», pero falta el dispositivo jurídico que traduzca esos principios en medidas concretas.

En resumen, la Convención de 1982 tiene un alcance regulador bastante limitado a nuestros efectos, lo que no es de extrañar pues sus preocupaciones fundamentales son otras; desde luego, no satisface las aspiraciones de quienes postulan desde hace tiempo que la jurisdicción arqueológica nacional alcance el límite de las 200 millas náuticas. Si en los textos internacionales está asumido que la arqueología submarina es una actividad científica, que debe obedecer sólo a finalidades científicas o de investigación y de protección, que sólo pueden ejecutar la actividad personas debidamente cualificadas y que nada tiene que ver con la *búsqueda de tesoros* al servicio del lucro personal de quienes se afanan a ella⁵⁶, la limitación de los espacios marinos sobre los cuales los Estados pueden ejercer facultades de control e intervención circunscribe, y de forma muy rigurosa, el ámbito geográfico en el que aquellas reglas son aplicables.

La situación, con todo, se modificará una vez que entre en vigor la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, aprobada en París el 2 de noviembre de 2001 en el curso de la 31.ª Conferencia General de la UNESCO. No voy a detenerme en este texto, que aún no es Derecho vigente⁵⁷, pero señalo que incrementa de forma notable los poderes naciona-

⁵⁶ Véase, a este propósito, la importante *Carta Internacional para la protección y gestión del patrimonio cultural subacuático*, adoptada por el ICOMOS en su 11.ª Asamblea General (Sofía, 5 a 9 de octubre de 1996).

⁵⁷ Que llegue a serlo depende, como es habitual, de un determinado número de ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones (en el caso, 20). A título indicativo, puede señalarse que la Convención fue adoptada por 87 votos a favor, 4 en contra (Federación Rusa, Noruega, Turquía y Venezuela) y 15 abstenciones (Alemania, Brasil, Colombia, Francia, Grecia, Guinea-Bissau, Islandia, Israel, Paraguay, Países Bajos, Uruguay, República Checa, Suecia y Suiza). Si no me equivoco, Estados Unidos de América del Norte asistió a la Conferencia en calidad de observador.

les de control de las intervenciones submarinas y articula mecanismos de cooperación internacional cuya efectiva aplicación está llamada a terminar con prácticas bien conocidas cuya conexión con la Arqueología, en su condición de disciplina científica, es inversamente proporcional al móvil lucrativo de quienes las realizan. Me limito a señalar, únicamente, que consagra una regla que ningún *buscador de tesoros* entiende ni quiere entender: la conservación *in situ* de los objetos sumergidos debe considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas a este patrimonio.

¿Quiere ello decir que, una vez que entre en vigor este texto, los *buscadores de tesoros* serán una especie en vías de extinción? Sí en la medida en que sus actividades estén sólo guiadas por el afán de extraer los vestigios y cederlos al mejor postor. Probablemente no en la medida en que estén dispuestos a poner sus medios materiales y su experiencia al servicio del progreso del conocimiento y de la ejecución de intervenciones científicas controladas por los Estados.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ya que en la primera nota se cita un asunto bien concreto, bueno será comenzar remitiendo a S. MUÑOZ MACHADO: «La resurrección de las ruinas: el caso del Teatro Romano de Sagunto», *Urbanismo y Edificación* 2, 2000, 119 ss. (publicado luego separadamente en *Cuadernos Civitas*, 2002), con una completa descripción de las obras y referencias y reflexiones que trascienden del ámbito jurídico. Ceñidos estrictamente al caso, C. BARRERO RODRÍGUEZ y E. CARUZ ARCOS: «La intervención en los bienes inmuebles del Patrimonio Histórico. La interpretación del artículo 39.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto», *Patrimonio Cultural y Derecho* 5, 2001, 313 ss. Para el contexto jurídico general, con una alusión final al asunto, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «Los conceptos de consolidación, rehabilitación y restauración en la Ley del Patrimonio Histórico Español», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, tomo III, 3177 ss.

Con carácter general, es preciso tener en cuenta la diversas monografías que analizan la legislación estatal, todas ellas muy valiosas y completas; destaco, J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, Civitas, 1989; C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, Civitas-Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1990; M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, Civitas-Instituto García Oviedo, 1992; J.M. ALEGRE ÁVILA: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1994, dos tomos.

En las leyes autonómicas se detienen, por ejemplo, C. LÓPEZ BRAVO: «los bienes culturales en el Derecho estatal y autonómico de España» y D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ: «El régimen jurídico de protección del Patrimonio Histórico en las leyes de las Comunidades Autónomas», ambos en el número 3 de *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1999. La normativa autonómica está generando estudios particularizados, como era de esperar; un ejemplo es L. POMED SÁNCHEZ (dir.): *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés*, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2001.

También deben citarse ahora, pues aunque distintas son buenas aproximaciones de conjunto a la vertiente jurídica del Patrimonio Cultural, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «Nuevas perspectivas en la conservación del Patrimonio Histórico: una recapitulación global», *Revista Aragonesa de Administración pública* 19, 2001, 31 ss.; L. MARTÍN REBOLLO: «Cultura y Derecho (Perspectiva europea y perspectiva estatal)», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, cit., tomo III, 4187 ss.; J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ: «El Patrimonio Cultural: de dónde venimos, dónde estamos y adónde vamos», A. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA: «Una década de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español» y J. GARCÍA FERNÁNDEZ: «La protección jurídica del Patrimonio Cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español», los tres en el número 1 de *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1997. Del último autor citado, también, «Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico», *Revista de Derecho Político* 27-28, 1988, 181 ss. Aun anterior a la legislación vigente, sigue siendo un referente doctrinal E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», *Revista Española de Derecho Administrativo* 39, 1983, 575 ss.

Por lo demás, he tenido muy presente el equilibrado estudio de F. LÓPEZ RAMÓN: «Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural», *Revista Aragonesa de Administración Pública* 15, 1999, 193 ss. Con un interés que supera la concreta materia que trata, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso», que cito por sus *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico*, Pamplona, Aranzadi, 2001, 241 ss.

Las recopilaciones aludidas en la nota 3 son F. MORENO DE BARREDA (dir.): *El Patrimonio Cultural en el Consejo de Europa. Textos Conceptos y Concordancias*, Madrid, Hispania Nostra-Boletín Oficial del Estado, 1999, y *Normativa sobre el Patrimonio Histórico y Cultural*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1996. Tiene también interés el volumen, dirigido por C. AÑÓN FELIÚ y coordinado por J. REVUELTA BLANCO: *Cultura y Naturaleza. Textos Internacionales*, Torrelavega, Asociación Cultural Plaza Porticada-Gobierno de Cantabria, 2001.

La normativa comunitaria de restitución aludida en el punto 2 ha sido estudiada con detenimiento entre nosotros, con referencias, por supuesto, a los bienes culturales incluidos en su ámbito de aplicación; vid. L. MARTÍN REBOLLO: *El comercio del arte y la Unión Europea*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1994, y J.M.^a MAGÁN PERALES: *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, Lex Nova, 2001, 311 ss. Del primer autor, también, *Cultura y Derecho*, cit. Del segundo, y específicamente para lo que el título indica, «Algunas precisiones sobre la noción

de bien cultural en el Tratado de la Comunidad Europea. La referencia al Patrimonio Histórico del artículo 30 del TCE (antiguo art. 36)», *Patrimonio Cultural y Derecho* 2, 1998, 171 ss.

A propósito del fenómeno cultural y del tratamiento jurídico del que es acreedor, J. PRIETO DE PEDRO: *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, CEC, 1993; M. VAQUER CABALLERÍA: *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, CEURA-Universidad Carlos III, 1998. Para el debate acerca del adjetivo (histórico, cultural, etc.) que debe calificar al sustantivo «patrimonio», J. PRIETO DE PEDRO: «Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución», en los *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II, 1552 ss.

Un buen planteamiento del tema que estudia en C. BARRERO RODRÍGUEZ: «Discrecionalidad administrativa y Patrimonio Histórico», en E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DELEITO (coords.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Madrid, Civitas-Junta de Andalucía, 1996, 281 ss.

Sobre la Sentencia constitucional 181/1998, A. YÁÑEZ: «Los bienes integrantes del “Patrimonio Histórico Español”. A propósito de la Sentencia 181/1998, del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo* 103, 1999, 459 ss. De los hechos que están en la base de dicha Sentencia dan cuenta B. COSTA y J.H. FERNÁNDEZ: «La destrucción de can Partit (Necrópolis de Puig des Molins, Eivissa)» en M.^a A. QUEROL y B. MARTÍNEZ DÍAZ: *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, 266 ss., destacando la importancia de los vestigios arqueológicos allí existentes.

La crítica a la inclusión de los bienes inmateriales en el Patrimonio Cultural en, por ejemplo, LÓPEZ RAMÓN: *op. cit.*, 210-21; L. POMED SÁNCHEZ: «Patrimonio Cultural», en A. EMBID IRUJO (Director): *Derecho Público Aragonés*, Madrid, El Justicia de Aragón-Dykinson, 2000, 565-567; del mismo, «La Ley del Patrimonio Cultural Aragonés en el contexto competencial», en el *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés*, cit., 44-45.

Para lo que su título indica, aunque sin referencias a lo comentado al final del apartado 3, A. SALGADO CASTRO: «La dimensión turística del Patrimonio Cultural», en J. TUDELA ARANDA (Ed.): *Régimen jurídico de los recursos turísticos, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, III, 1999, 319 ss.; R. MARTÍN MATEO: «El binomio turístico-cultural», *Patrimonio Cultural y Derecho* 4, 2000, 77 ss.

En relación con el artículo 3.3 de la Constitución, J. PRIETO DE PEDRO en L. SÁNCHEZ AGESTA y J. PRIETO DE PEDRO: «Artículo 3.º. Las lenguas de España», en O. ALZAGA VILLAMIL (Dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo I, Madrid, Cortes Generales-EDERSA, 1996, 249 ss. Sobre el lugar de las lenguas en el ordenamiento del Patrimonio Cultural se ha pronunciado nítidamente VAQUER CABALLERÍA: *op. cit.*, 305: «la protección de la lengua no puede basarse en la conservación de determinadas cosas materiales como ocurre con el patrimonio monumental, el pictórico, el escultórico, el documental o el bibliográfico, por ejemplo. Lo que debe con-

servarse y promoverse es el uso normal — social y oficial — de dicha lengua por una comunidad entera. Ello obliga al recurso a instrumentos diferentes de los contemplados por nuestra Legislación de patrimonio histórico-artístico». Por otra parte, señalo que X. DEOP MEDINABEITIA («España ratifica la Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias», *Revista Vasca de Administración Pública* 62, 2002, 349 ss.) defiende, si no entiendo mal, que en el Instrumento de Ratificación de dicha Carta están incluidos el aragonés y las lenguas árabe, hebrea e hindi (por Ceuta y Melilla), además de criticar que se olvide la referencia a una lengua sin territorio, como es el romano-caló (p. 356 y nota 8).

Tanto el discurso del Ministro de Cultura en 1984, como los debates que desembocaron en la vigente LPHE se consultan con facilidad en la edición preparada por A. PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA: *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos Parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1987. De este mismo autor, *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Madrid, Civitas, 1997. Sobre la materia, J.M. ALEGRE ÁVILA: «Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* 32, 1991, 187 ss.; POMED SÁNCHEZ: *La Ley del Patrimonio Cultural Aragonés en el contexto competencial*, cit. 21 ss. Anteriores a la STC 17/1991 y a la propia LPHE, pero valiosos aún, GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*; S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1984, tomo I, 574 ss.

En relación con los apartados 6 y 7, J. BARCELONA LLOP: «El dominio público arqueológico», *Revista de Administración Pública* 151, 2000, 133 ss.; «Patrimonios Especiales: Patrimonio Paleontológico y Arqueológico. Patrimonio Etnográfico e Industrial», en el *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés*, cit., 155 ss.; «Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública* 21, 2002, 113 ss.; «Notas sobre el régimen internacional de las intervenciones arqueológicas submarinas», *Patrimonio Cultural y Derecho* 6, 2002, 47 ss., y la bibliografía citada en ellos. Añado ahora, A. NIETO GARCÍA: «Règim jurídic de la titularitat dominical del patrimoni arqueològic descobert amb anterioritat a la Llei 16/1985, de 25 de juny, sobre el patrimoni històric artístic espanyol i la Llei catalana 9/1993, de 30 de setembre, de patrimoni cultural», *Quaderns de Dret Local* 20, 1999, 4 ss.; J. M. A. MAGÁN PERALES: «El patrimonio arqueológico subacuático: situación legislativa española e internacional», *Patrimonio Cultural y Derecho* 6, 2002, 73 ss.