



PATRIMÓNIO CULTURAL E DIREITO CIVIL¹

² Luis Javier Capote Pérez

RESUMO

O presente artigo pretende oferecer uma perspectiva atualizada das relações entre o Direito público e o Direito privado, através de uma matéria em que incidem ambos os ramos da ciência jurídica, como a relativa ao património cultural.

Palavras-Chave: Património cultural. Direito público. Direito privado.

Recibido: 22/08/2020

Aprobado: 13/11/2020

Double Blind Review Process

DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v8i1.355>

¹Artigo feito no âmbito do projeto de investigação DER2017-83970-P, 2018-2020 «La nueva información registral: requisitos, eficacia y aplicación práctica».

²Profesor Contratado Universidad de La Laguna, (Espanha). Doctor Tipo de Derecho Civil. Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas. E-mail: lcapote@ull.es Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-5066-5874>

PATRIMONIO CULTURAL Y DERECHO CIVIL³

RESUMEN

El presente artículo pretende ofrecer una visión actualizada de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado, a través de una materia en la que inciden ambas ramas de la ciencia jurídica como es la relativa al patrimonio cultural.

Palabras Clave: Patrimonio cultural, Derecho público, Derecho Privado

1. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras clasificaciones que se estudia, a la hora de iniciarse en el conocimiento de la ciencia jurídica y del ordenamiento jurídico español, es la que establece la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Sin embargo, si bien no puede decirse que esta diferenciación ha desaparecido, sí puede afirmarse que en algunas áreas se ha difuminado⁴, por obra y gracia de la creciente incidencia de las normas jurídico-públicas en cuestiones que, tradicionalmente han estado integradas en el seno de la esfera jurídico-privada. No son pocas las regulaciones de naturaleza pública afectan profundamente a la esfera privada. Al mismo tiempo, podemos encontrar varios ejemplos en los que el Derecho público utiliza figuras provenientes del Derecho privado. En este sentido, la regulación del patrimonio cultural constituye un buen ejemplo de las interacciones, tensiones y, en definitiva, de las relaciones existentes entre la rama jurídico-pública y la jurídico-privada.

La importancia del patrimonio cultural, histórico y artístico está, hoy día, reconocida por normas de Derecho internacional, nacional y regional. De hecho, el patrimonio cultural es

³ Artículo realizado en el ámbito del proyecto de investigación DER2017-83970-P, 2018-2020 «La nueva información registral: requisitos, eficacia y aplicación práctica».

⁴ Velasco Caballero, F. 2009. The Public-Private Law Divide in Spanish Law, in Ruffert, M. (ed.) The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation? London: British Institute of International and Comparative Law, 123-142. Harlow, C. 1980. "Public" and "Private" Law: Definition Without Distinction, in The Modern Law Reviews, 43(39), 285-318. Horwitz, M. J. 1982. The History of the Public / Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review, 130(6), 1423-1428. Barker, K. 2013. Private Law: Key Encounters with Public Law, in Barker, K. and Jensen, D (eds): Private Law: Key Encounters with Public Law, Cambridge: Cambridge University Press, 3-42.

percibido como uno de los elementos esenciales del desarrollo social, económico y, por supuesto, cultural y, más aún, es considerado como un bien común global, del cual la humanidad es a la vez custodia y beneficiaria. Los bienes culturales y artísticos conforman clases diferenciadas de cosas, las cuales hablan acerca de la condición humana y reflejan el modo de vida de individuos y comunidades. A su vez, permiten un mayor y mejor conocimiento de los procesos históricos de confirmación de quienes los fabricaron, así como de su propia identidad. En definitiva, el patrimonio cultural representa la continuidad entre el pasado y el presente, al introducir la idea de identidad cultural y explicar nuestra fascinación por las antigüedades⁵.

La regulación del patrimonio cultural es un concreto e ilustrativo ejemplo de la dicotomía entre Derecho público y Derecho Privado. Así, por un lado, tenemos la idea de que esa figura viene a ser una forma de propiedad bajo gestión o dominio colectivos⁶. Por otra parte, surge la necesidad de alcanzar un equilibrio entre la naturaleza cultural de determinados bienes y los derechos dominicales sobre los mismos, cuando éstos están en manos privadas⁷. El presente artículo pretende analizar el estado actual del equilibrio legal entre el interés general colectivo -regulado por el Derecho público- y los derechos individuales -normados por el Derecho Privado-, bajo la luz de la legislación española en materia de propiedad cultural⁸.

2. PATRIMONIO CULTURAL Y DERECHO CIVIL

2.1. PROPIEDAD PRIVADA Y PATRIMONIO CULTURAL

Para una mejor comprensión del objeto del presente artículo, es necesario llevar a cabo una breve exposición del concepto de derecho de propiedad que se regula en el Derecho español. Para empezar, hay que hacer referencia a la definición contenida en el Código Civil⁹, cuyo artículo 348 establece en su párrafo primero que *la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*. Esta descripción debe interpretarse en conexión con la regulación contenida la Constitución Española¹⁰, cuyo

⁵ Roodt, C. 2015. Private International Law, Art and Cultural Heritage, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 1-5.

⁶ Gillman, D. 2010. The idea of Cultural Heritage. Cambridge: Cambridge University Press, 9-40.

⁷ Vadi, V., Schneider, H. 2014. Art, Cultural Heritage and the Market: Legal and Ethical Issues, in: Vadi, V., Schneider, H. (eds): Art, Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues. Heidelberg: Springer, 2-6.

⁸ Un estudio anterior sobre la problemática, centrado en el estudio de varios casos resueltos en la jurisprudencia española, puede encontrarse en Capote Pérez, L. J. 2017. "Cultural Heritage and Spanish Private Law", in Santander Art and Culture Law Review 2 / 2017 (3), 237-254.

⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. REF. BOE-A-1889-4763.

¹⁰ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 1978, Nº 311. REF BOE-A-1978-31229.

artículo 33 dispone que *se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.* En consecuencia, la definición clásica de la propiedad como el derecho de uso y disposición, sin más límites que los legalmente establecidos, está constitucionalmente restringida por el principio conocido como función social de la propiedad. Esta regla, contenida en la norma suprema del ordenamiento jurídico español, añade una nueva dimensión al dominio privado que excluye, en buena medida, algunos de los aspectos que, históricamente, definían un derecho considerado, en muchos aspectos, como absoluto. El reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada no establece una nueva definición de la misma, diversa de la descrita en el Código Civil, pero establece nuevas limitaciones, basadas en el concepto de función social. Esta figura supone una restricción general y variable, en función de la naturaleza del dominio y del interés general que pueda incidir sobre el mismo. Tal es así, que se ha llegado a plantear la tesis de que, en realidad, no existe un único concepto de propiedad, sino una multiplicidad de los mismos, dependiendo del objeto de cada de derecho y de la regulación legal que sobre ellos pueda incidir. La regulación del derecho de propiedad cambia y evoluciona de forma paralela a la de otras instituciones, introduciendo una perspectiva más solidaria y socialmente enriquecedora¹¹

La función social es, en definitiva, un concepto con varias definiciones concretas. En primer lugar, se puede describir como un límite intrínseco de los derechos de propiedad, establecido en la Constitución Española pero desarrollado por las leyes, partiendo de la premisa de que hay intereses colectivos que deben imponerse sobre el dominio individual. Sobre la base de esta consideración, facultades que, tradicionalmente han sido inherentes al contenido del derecho de propiedad pueden ser ajustadas, dependiendo, como se ha dicho previamente, del concreto objeto de cada derecho dominical, de manera que éste puede tener en su contenido más o menos facultades. En el Derecho español son varios los ejemplos en los cuales la legislación vigente delimita cierto tipo de propiedades, como pueden ser los relacionados con el Derecho Urbanístico (respecto de las parcelas urbanas), la Ley de Montes (respecto de las

¹¹ Orozco Pardo, G. y Pérez Alonso, E. 1996. La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. Madrid: McGraw-Hill, 7, 21.

fincas limítrofes con bosques comunales)¹², la Ley de Costas (respecto de las fincas limítrofes con el dominio público marítimo-terrestre)¹³ o el patrimonio natural.

Una vez esbozadas las líneas generales de la regulación del derecho de propiedad y la existencia de la función social en tanto que límite, hay que preguntarse cómo se concreta esta última en relación con los bienes culturales que se hallan en manos privadas y la protección del patrimonio histórico-artístico. Esta cuestión puede responderse a través de la ya mencionada Ley de Patrimonio Histórico Español (LPHE)¹⁴, que define en su artículo 1 la conformación del patrimonio cultural como un conjunto de *inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico*. En el mismo precepto se incluyen el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, los sitios naturales, jardines y parques con valor artístico, histórico o antropológico y, más recientemente, aquellos bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial¹⁵. Si la atención

¹² Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, Boletín Oficial del Estado, 2003, Nº. 280, Ref. BOE-A-2003-21339.

¹³ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, Boletín Oficial del Estado, 1988, Nº. 181. Ref. BOE-A-1988-18762.

¹⁴ La estructuración territorial del Estado Español como una organización descentralizada -artículo 3 CE- supone una distribución competencial entre el poder central -representado por la administración estatal- y los poderes regionales -que corresponden a las administraciones autonómicas-. Así, la competencia relativa a la protección del patrimonio cultural de los pueblos españoles está distribuida entre ambas -artículos 148 y 149 CE-con lo que el mandamiento constitucional a los poderes públicos de proteger, conservar y difundir el patrimonio histórico-artístico de los pueblos de España vincula tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. Como consecuencia de ello, coexisten en el ordenamiento jurídico español varios cuerpos normativos con rango de ley, centrados en la protección del patrimonio cultural:

Leyes estatales:

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

Leyes autonómicas:

Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco

Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán

Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia

Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía

Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural (Asturias)

Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria

Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja

Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano

Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés

Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha

Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias

Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra

Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura

Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears

Ley 18/2019, de 8 de abril, de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de las Illes Balears

Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid

Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León

A los efectos del presente artículo, se tratarán los conceptos contenidos en las leyes estatales.

¹⁵ Esta referencia expresa al patrimonio inmaterial es consecuencia de la plasmación en sede de Derecho positivo de la creciente importancia que esta categoría ha ido tomando y que, en el caso del ordenamiento jurídico español,

se centra en los bienes tangibles o cosas, se podrá comprobar que todos ellos están caracterizados por la nota de su historicidad, porque la legislación establece para los mismos una naturaleza especial, de acuerdo con las nociones de tiempo y de espacio. La perspectiva temporal, de acuerdo con la LPHE¹⁶, incluye diferentes posibilidades de aplicación pues, por una parte, está el concepto de tiempo en tanto que acumulación de años, pero donde está también presente el valor histórico. Por otra parte, podemos encontrar normas específicas para determinados bienes en los que el factor tiempo es definido por la tenencia de un número específico de años, como sucede con los bienes culturales documentales o bibliográficos. De acuerdo con el artículo 49 LPHE, el patrimonio documental está integrado por documentos que, procedentes de instituciones tanto públicas como privadas, hayan alcanzado una antigüedad cifrada en un concreto número de años. Por otra parte, el artículo 50 LPHE establece que se consideran bienes conformantes del patrimonio bibliográfico aquellas obras impresas y manuscritos de los que no conste la existencia de, al menos, tres ejemplares en bibliotecas o servicios públicos.

El valor histórico ha de ser complementado, a la hora de definir el patrimonio cultural, con el valor o factor homónimo. La cultura está presente en toda actividad humana, hasta el punto en el que no sería desacertado afirmar que allá donde hay una persona encontramos cultura. Sin embargo, para los efectos de la conceptualización que aquí se trata hay que considerar el valor cultural como la manifestación proveniente de un determinado contexto histórico o artístico. A la hora de hablar de bienes culturales, el adjetivo en cuestión es utilizado para establecer la pertenencia de aquéllos a la historia de la civilización. De esta forma, la dimensión histórica concreta la ambigua definición de cultura, dando como resultado que todo bien cultural es el testimonio del pasado y que el patrimonio cultural está definido por los dos mencionados aspectos, que son los de historia y cultura¹⁷. Es aquí donde entra en juego el límite intrínseco de la función social de la propiedad, pues la idea del patrimonio cultural como una universalidad de destino y conservación colectivos, definida por el deber de conservar y transmitir el legado pretérito a las generaciones futuras, afecta los concretos derechos de propiedad que sobre los bienes culturales recaen, restringiendo algunas de las facultades

se ha patentizado en un texto legislativo específico, la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Boletín Oficial del Estado, 2015, N° 126. REF BOE-A-2015-5794.

¹⁶ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, Boletín Oficial del Estado, 1985, N° 155. REF BOE-A-1985-12534.

¹⁷ Barrero Rodríguez, C. 1990. La ordenación jurídica del patrimonio histórico. Madrid: Ed. Civitas, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, 119. Díaz Vilela, L. 2006. “¿Qué es esa cosa llamada cultura?”, en: Curso interdisciplinar universitario “Ciencia y pseudociencias 2006”. La Laguna: Universidad de La Laguna. Barrère, C. 2016. “Cultural Heritages: From Official to Informal”, in *City, Culture and Society*, 7, 87-94.

inherentes al dominio privado cuando una cosa es considerada parte del patrimonio histórico español.

2.2. LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como se ha visto en el sub-apartado anterior, cada bien cultural está definido por su valor desde un punto de vista espacio-temporal y por su dimensión cultural. El conjunto de dichos bienes conforma un patrimonio que, desde un punto de vista general, es percibido positivamente, al plantear la preservación de los bienes culturales materiales e inmateriales como un objetivo beneficioso para la colectividad y, más ampliamente, para el conjunto de la humanidad¹⁸. Estas premisas constituyen las bases sobre las que se construye la especial regulación contenida bajo el concepto general de Derecho del Patrimonio Cultural, siendo sus objetivos últimos la conservación, divulgación y difusión de la cultura. Más allá de los derechos individuales existe un interés general, en base al cual no puede haber libertad, igualdad o una democracia real sin una cultura que esté sólidamente establecida en el seno de la sociedad¹⁹. Por su parte, el ordenamiento jurídico hispánico establece en el artículo 46 de la Constitución Española el mandato a los poderes públicos de asunción de la protección y promoción del patrimonio cultural de los pueblos españoles, otorgándoles importantes poderes para llevar a cabo su misión²⁰.

El valor histórico de un bien implica, conforme a la normativa aplicable en materia de patrimonio cultural, la garantía del establecimiento de un estatuto especial que haga factible su protección. Como consecuencia de la premisa anterior, la calificación de un bien como parte del patrimonio cultural incluye la asunción de una serie de obligaciones y cargas para sus titulares. Esta imposición es una consecuencia directa de los objetivos formulados en la carta magna de 1978 y en la LPHE, que pasan por la posibilidad de que más y más personas puedan beneficiarse del valor cultural del bien en cuestión. El propio precepto constitucional establece que los bienes culturales pueden estar en manos privadas, por lo que la salvaguardia pública debe tomar en consideración la existencia de derechos de propiedad. Así pues, los derechos dominicales privados están demarcados por el límite general de la función social y, en este

¹⁸ Silverman, H. Ruggles, D. F. 2007. Cultural Heritage and Human Rights, en: Silverman, H. Ruggles, D. F. (eds). Cultural Heritage and Human Rights. New York: Springer, 3.

¹⁹ Orozco Pardo, G. y Pérez Alonso, E. 1996. La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. Madrid: McGraw-Hill, 42.

²⁰ Artículo 46 Constitución Española: *Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*

contexto, ese límite es la defensa de la cultura, en tanto que interés colectivo de todos²¹, afectando particularmente a las facultades de disposición. En este contexto, el término «todos» incluye a las generaciones presentes y futuras y no sólo integrantes de la ciudadanía española, porque la *voluntas legis* concibe la cultura como un bien universal, en el sentido de una «universalidad universal»²². La discusión sobre la naturaleza universal, nacional o local del patrimonio cultural es muy interesante, pues trasciende la normativa estatal²³ pero, centrándonos en el Derecho español, hay que indicar que el mandato constitucional de proteger y difundir la cultura introduce, respecto de los derechos de propiedad, un límite definido por el principio «pro-monumento». En base a este criterio, el valor cultural de cada bien declarado como parte del patrimonio histórico-artístico tiene preeminencia sobre los derechos privados que puedan recaer sobre el mismo. Desde un punto de vista más amplio, ese principio «pro-monumento» se convierte en una regla «pro-cultura», en base a la cual, la preservación de los bienes que conforman el patrimonio cultural es más importante que los intereses privados. De esta forma, los derechos de propiedad que recaen sobre bienes culturales se ven privados de la vieja facultad conocida como *ius abutendi* o derecho de abusar, marcando la frontera entre los usos admitidos y prohibidos al titular dominical de una cosa caracterizada por la pertenencia al patrimonio cultural. Estas limitaciones se justifican en la existencia de un beneficio colectivo derivado del cumplimiento del mandato constitucional y legal de conservación de estos objetos.

El establecimiento de un conjunto especial de reglas para ciertos bienes que se hallan en manos privadas establece a su vez límites adicionales, que se unen a los que, con carácter general, están presentes en los derechos de propiedad contemporáneos. Como consecuencia de ello, ciertas facultades normalmente vinculadas al contenido de los derechos dominicales van a ser restringidas y, en este sentido, actividades que son válidas para bienes no caracterizados por la condición cultural pueden ser declaradas ilegales en el caso de cosas que son calificadas con tal naturaleza jurídica. Más aún, normas jurídico-públicas pueden afectar a la validez y eficacia de negocios jurídicos privados celebrados con la finalidad de transmitir la propiedad de bienes del patrimonio histórico-artístico.

²¹ De esta forma, el artículo 1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español establece que *son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español*, en consonancia con el mandato establecido en el artículo 46 de la Constitución Española.

²² Puede encontrarse una definición de la cultura como un derecho de todos *-droit subjetif de tous-* en el Derecho español puede encontrarse en Cornu, M. Fromageau, J. Wallaert, C. (coords). 2012. Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel, Paris: CNRS Éditions, 63.

²³ Blake, J. 2015. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 12. Taşdelen, A. 2016. *The Return of Cultural Artefacts. Hard and Soft Law Approaches*. Cham: Springer International Publishing, 1-6.

La regulación del patrimonio cultural material establecida en el Derecho español incluye diferentes categorías de bienes, que se pueden clasificar de la siguiente forma:

A) Bienes de interés cultural: regulados en los artículos 9 y ss. LPHE²⁴. Concretamente, dentro de esta categoría se puede distinguir entre:

1º. Bienes inmuebles de interés cultural: regulados en los artículos 14 y ss. LPHE, que establecen, a su vez, una nueva sub-división, en atención a la particular naturaleza que, en cada caso, motiva la declaración como parte del patrimonio cultural de cada finca:

- a. Monumentos históricos: definidos en el artículo 15.1 LPHE como *aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social.*
- b. Jardines históricos: definidos en el artículo 15.2. LPHE como *espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos sensoriales o botánicos.*
- c. Conjuntos históricos: definidos en el artículo 15.3 LPHE como *agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es conjunto histórico cualquier núcleo*

²⁴ Artículo 9 LPHE: *1. Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada. 2. La declaración mediante Real Decreto requerirá la previa incoación y tramitación de expediente administrativo por el Organismo competente, según lo dispuesto en el artículo 6.º de esta Ley. En el expediente deberá constar informe favorable de alguna de las Instituciones consultivas señaladas en el artículo 3.º, párrafo 2.º, vr o que tengan reconocido idéntico carácter en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Transcurridos tres meses desde la solicitud del informe sin que éste hubiera sido emitido, se entenderá que el dictamen requerido es favorable a la declaración de interés cultural. Cuando el expediente se refiera a bienes inmuebles se dispondrá, además, la apertura de un período de información pública y se dará audiencia al Ayuntamiento interesado. 3. El expediente deberá resolverse en el plazo máximo de veinte meses a partir de la fecha en que hubiere sido incoado. La caducidad del expediente se producirá transcurrido dicho plazo si se ha denunciado la mora y siempre que no haya recaído resolución en los cuatro meses siguientes a la denuncia. Caducado el expediente no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular. 4. No podrá ser declarada Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración. 5. De oficio o a instancia del titular de un interés legítimo y directo, podrá tramitarse por el Organismo competente expediente administrativo, que deberá contener el informe favorable y razonado de alguna de las instituciones consultivas, a fin de que se acuerde mediante Real Decreto que la declaración de un determinado Bien de Interés Cultural quede sin efecto.*

individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.

- d. Sitios históricos: definidos en el artículo 15.4 LPHE como *lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.*
- e. Zonas arqueológicas: definidas en el artículo 15.5 LPHE como *lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.*

2º. Bienes muebles de interés cultural: regulados en los artículos 26 y ss. LPHE, que se refiere a ellos como elementos de singular relevancia cultural y determina su inclusión dentro de un inventario general²⁵.

- B) Bienes del patrimonio arqueológico: regulados en los artículos 40 y ss. LPHE. Específicamente, dice el primero de los preceptos que se trata de *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, (...) los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes (...) las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre.*
- C) Bienes del patrimonio etnográfico: reguladores en los artículos 46 y ss. LPHE. Se trata, según la primera de las normas dedicadas a su tratamiento, de *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.* Dentro de esta categoría se pueden distinguir:

1º. Bienes inmuebles: artículo 47.1 LPHE: *Aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y*

²⁵ Concretamente, dice el Artículo 26 LPHE en sus números primero y segundo: *1. 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. 2. A los efectos previstos en el párrafo anterior, las Administraciones competentes podrán recabar de los titulares de derechos sobre los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español el examen de los mismos, así como las informaciones pertinentes, para su inclusión, si procede, en dicho Inventario.*

transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos.

2º. Bienes muebles: artículo 47.2 LPHE: *Todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.*

3º. Conocimientos y actividades: artículo 47.3 LPHE: *Saberes que proceden de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad (...) o se hallen en previsible peligro de desaparecer*²⁶

D) Bienes del patrimonio documental y bibliográfico: regulados en los artículos 48 y ss. LPHE, los cuales reúnen un amplio elenco de bienes cuyo común denominador es ser receptáculos del testimonio cultural, a través de cualquier formato de recogida de datos, lo que se especifica en los amplios conceptos que se manejan de documento²⁷ y biblioteca²⁸, los

²⁶ Esta categoría, integrada dentro del concepto de patrimonio etnográfico, constituye la entrada del patrimonio cultural inmaterial en el ordenamiento jurídico español. En su momento, se consideró una regulación pionera, al reflejar el interés por una categoría que, tradicionalmente, se había visto opacada por la preocupación protectora de los bienes pertenecientes a la dimensión material. Sin embargo, la normativa contenida en la LPHE no estuvo exenta de críticas, al entender que mantenía una concepción folclorista y arcaizante del patrimonio intangible, así como fuertemente influida por las regulaciones relacionadas con los bienes culturales tangibles. Martínez Sanmartín L.P. 2011, “La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España: valoración y perspectivas”, en Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, I, 7. 7. Labaca Zabala M^a. L, 2013. “La protección del patrimonio etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: Especial referencia al País Vasco y Andalucía”, en Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, propiedad intelectual e industrial, 2. Capote Pérez, L. J. 2020. Tangible and Intangible Heritage in Spanish Law, en prensa.

²⁷ Artículo 49 LPHE. 1. *Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones. 2. Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios. 3. Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado. 4. Integran asimismo el Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas. 5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración.*

²⁸ Artículo 50 LPHE. 1. *Forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos. Se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958. 2. Asimismo forman parte del Patrimonio Histórico Español y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales u otros similares, cualquiera que sea su soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas.*

cuales se han mencionado en el apartado anterior, a la hora de tratar las cualidades de historicidad y cultura como definitorias del patrimonio histórico-artístico.

La numerosa y variada lista de categorías enumerada en los párrafos precedentes ve armonizada su regulación a nivel normativo, mediante un estatuto en el que la declaración como bien cultural de una cosa supone, como se ha adelantado en apartados precedentes del presente artículo, la restricción de una serie de facultades al dominio, en nombre de la función social de la propiedad²⁹:

- A. La adscripción al dominio público de los bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico³⁰.
- B. El establecimiento de un estricto deber de mantenimiento para la conservación de los bienes inmuebles declarados de interés cultural o pertenecientes al patrimonio etnográfico. Más específicamente, esta obligación se traduce en específicos y tuitivos mandatos:
 - a. La imposibilidad de separar el bien de interés cultural del entorno del que forma parte, salvo por causas de fuerza mayor o interés social (artículo 18 LPHE).
 - b. La limitación de la facultad de ejecución de obras que puedan afectar al bien en cuestión (artículos 19 y 22 LPHE).
 - c. La imposición de un deber general de mantenimiento y custodia (artículo 36 LPHE).
- C. La restricción de las facultades dispositivas respecto de los bienes declarados de interés cultural o pertenecientes a los patrimonios etnográfico, bibliográfico y documental. Específicamente, se establecen:
 - a. Prohibiciones de disponer: estas restricciones suponen una limitación impuesta a la facultad de disposición que sobre la propiedad ostenta su titular, sin que ello suponga, como en el caso de los derechos de adquisición preferente, la creación de derecho subjetivo alguno. Estos límites operan como gravámenes del dominio que determinan

²⁹ Capote Pérez, L. J. 2007. “Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad” en: Revista de Derecho Privado, septiembre-octubre 2007, 59-80.

³⁰ Específicamente, dice el artículo 44.1 LPHE: *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*

la ineficacia de aquellas operaciones que se realicen contraviniéndolas³¹. Además, se aplican en el ámbito de las operaciones de comercio exterior con bienes pertenecientes al patrimonio cultural. La legislación española en la materia es sumamente estricta, estableciendo una barrera para la salida de tales objetos del territorio nacional, donde operan no sólo normas de naturaleza civil o administrativa, sino también penal. El legislador piensa en la posibilidad de que cosas con la consideración de inmuebles por incorporación o por destino acaben siendo trasladadas más allá de las fronteras españolas. Para evitarlo, la norma jurídico-pública de Derecho Administrativo acaba estableciendo una prohibición civilmente relevante. Así pues, un contrato que suponga la traslación de un bien inmueble fuera del territorio habrá traspasado los límites de la autonomía de la voluntad en lo relativo a la libertad de disposición del propietario, por lo que, en cumplimiento de las reglas contenidas en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil, habrá de ser sancionado con la nulidad de pleno derecho³².

- b. Establecimiento de derechos de adquisición preferente: estas figuras de naturaleza jurídico-real limitada constituyen una categoría con autonomía propia, respecto de los de goce o garantía. Sin embargo, no existe respecto de la misma una regulación unitaria en el Derecho español, lo que ha dificultado en buena medida la determinación de los caracteres que la definen. Tres son las figuras que la constituyen, en la forma de los derechos de tanteo, retracto y opción. Los tres atribuyen a su titular la facultad de adquisición de una cosa o derecho mediante el pago a su titular del precio de los mismos. En el caso de los bienes culturales, la legislación española, tanto nacional como regional, ha establecido, en el marco de las operaciones de comercio interior, un derecho de adquisición preferente a favor de las Administraciones públicas, que se concreta en las facultades de tanteo y retracto³³. Por lo que se refiere al tanteo, el titular de un bien

³¹ Gómez Gállego, F. J. 1999. Artículos 18 a 41 de la LH, en Albaladejo M. y Díaz Alabart, S. (eds) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, VIII, 4º. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 172 y ss. 182.

³² Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.ª Á. 2005. Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica. Madrid: Dykinson, 51.

³³ Respecto de la legislación nacional, dice el artículo 38 LPHE que *1. Quien tratase de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26 deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6.º y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español. 2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación referida en el apartado anterior, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en su caso, el de remate en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago. 3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación. 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para*

perteneciente al patrimonio cultural está obligado a comunicar a la Administración pública competente la voluntad de enajenarlo, en los términos marcados por la normativa aplicable, para dar a aquélla la oportunidad de adquirirlo. Por lo que respecta al retracto, éste entra en juego cuando el mandato expresado a través del tanteo no ha sido respetado. La Administración podrá, en el plazo de seis meses a contar desde la puesta en conocimiento de la enajenación, adquirir de manos del nuevo titular el bien en cuestión, por el mismo precio que éste abonó para obtenerlo. Este doble juego de facultades presupone la transmisibilidad del bien, pese a su consideración de patrimonio histórico y, además, cuando el retracto entra en juego, la existencia de un contrato previo donde tal potencial se ha concretado, pero vulnerando el imperativo mandato de información a la Administración correspondiente, lo que determina, desde la perspectiva del adquirente, una segunda transmisión forzosa, si aquélla se decide a ejercitar su derecho en el plazo legalmente marcado.

Los párrafos precedentes nos permiten comprobar que la naturaleza de pertenencia al patrimonio cultural española de un bien de titularidad privada determina importantes restricciones respecto de la facultad de disposición inherente al dominio, las cuales operan en el ámbito del comercio interior y en el del exterior. La ineficacia es el efecto principal que espera a aquellos contratos que, bien en el ámbito del comercio exterior -obviando la prohibición de disponer- bien en el ámbito del comercio interior -vulnerando el derecho de adquisición preferente- se opongan a las normas que, provenientes del ámbito jurídico-público, tienen incidencia en la esfera jurídico-privada.

3. CONCLUSIONES

La regulación contenida en el ordenamiento jurídico español constituye un ejemplo de la forma en la que normas de Derecho público pueden establecer límites intrínsecos a los derechos de propiedad. Los bienes culturales tienen un especial valor, a causa de su papel de vínculos entre el pasado, el presente y el futuro, siendo el patrimonio cultural un camino para

la ejecución de esta Ley. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal. 5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen. Preceptos similares se recogen en las leyes autonómicas sobre patrimonio cultural y, para una enumeración de las mismas, vid. Capote Pérez, L. J. 2007. "Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad" en: Revista de Derecho Privado, septiembre-octubre 2007, 59-80

una mejor comprensión de quién, cómo y por qué hemos llegado a ser lo que somos en tanto que colectividad. Así pues, los valores inherentes de historicidad y cultura no pueden pertenecer a un único individuo, así sea el propietario del bien en cuestión. La declaración de pertenencia al patrimonio histórico-artístico de una cosa determina el reconocimiento de cualidades que trascienden su naturaleza tangible, estableciendo a su vez el deber colectivo de transmitir las a las siguientes generaciones. El mandato constitucional de preservación y promoción del patrimonio cultural puede estar dirigido a las autoridades e instituciones públicas, pero la ciudadanía está también obligada a la consecución de tales objetivos.

La tradicional concepción del derecho de propiedad, existente en el propio Código Civil se ha visto complementada con el reconocimiento constitucional de la propiedad privada, pero los límites legales a las facultades de dominio se han visto reforzadas por una limitación intrínseca al derecho real absoluto por antonomasia, la función social del dominio. El contenido del derecho de propiedad puede ser restringido o, incluso, borrado, en nombre del interés general. La extensión de estas limitaciones varía, en función de la naturaleza del bien que es objeto del derecho real, de modo y manera que, en no pocas ocasiones, se hace difícil hablar de un único concepto de propiedad. Por lo que se refiere a los bienes culturales, los límites de la función social están definidos por las características de temporalidad, historicidad y valor cultural, a las que se suma la perentoria necesidad de conservación. La existencia, a su vez, de múltiples categorías dentro de la regulación española del patrimonio cultural supone la existencia de una diversidad de limitaciones respecto de los derechos dominicales, las cuales dependen de la concreta naturaleza del bien en cuestión. Todas ellas responden al mandato constitucional de garantizar la preservación, promoción y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, reflejando específicamente la forma en la que las instituciones públicas ejecutan la exigencia de protección de los bienes culturales, con independencia de la titularidad dominical de éstos.

Las relaciones entre el interés general y los derechos particulares que se han descrito en el presente artículo distan mucho de ser pacíficas. En un mundo globalizado, el mercado de bienes culturales constituye un negocio floreciente, que se ve interferido en su desarrollo por la existencia de ordenamientos jurídicos nacionales cuya filosofía es la de proteger el patrimonio cultural. De esa manera, los operadores dedicados a las transacciones en el seno del arte consideran que las normativas que restringen las facultades de disposición de los derechos de propiedad deberían ceder en favor de la libre circulación de las obras culturales. Esta controversia entre liberalismo comercial y protección cultural es histórica y se ha visto reflejada

a diversos niveles. La normativa española ha sido, tradicionalmente, de naturaleza protectora, dejando patente la idea, refrendada por la UNESCO, de que los bienes culturales no son como el resto de las cosas, en cuanto a la consideración de éstas en tanto que mercancías. La identidad de los pueblos está en su patrimonio cultural y una regulación que fuere laxa o insuficiente a la hora de protegerlo dejaría la puerta abierta a la concreción del peligro real de la despatrimonialización. El arte es una manifestación cultural tan antigua como la humanidad y el mercado artístico es tan viejo como el arte mismo, pero su dimensión internacional es relativamente reciente. El desarrollo de esta última ha estado motivado por la rentabilidad de las operaciones, tanto en el plano de la legalidad como en el de las ilegalidades, pues, a mediados de los noventa del siglo pasado, sólo el tráfico de estupefacientes era un negocio ilícito más rentable que el del arte. La normativa española es, pues, protectora porque refleja un aspecto de la historia del país que deja patente la naturaleza tradicionalmente exportadora de sus mercados. La regulación es claramente intervencionista, en la medida en que, como se ha visto, restringe ciertas libertades inherentes al dominio privado, estableciendo restricciones a las operaciones de comercio exterior y controlando las relativas al comercio interior, demostrando, con ello, la incidencia de las normas jurídico-públicas en un asunto que, tradicionalmente, ha estado vinculado a la regulación y al estudio en la esfera jurídico-privada.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barrère, C. 2016. “Cultural Heritages: From Official to Informal”, in *City, Culture and Society*, 7, 87-94.

Barrero Rodríguez, C. 1990. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Madrid: Ed. Civitas, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla.

Barker, K. 2013. *Private Law: Key Encounters with Public Law*, in Barker, K. and Jensen, D (eds): *Private Law: Key Encounters with Public Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 3-42.

Blake, J. 2015. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press.

Capote Pérez, L. J. 2017. “Cultural Heritage and Spanish Private Law”, in *Santander Art and Culture Law Review* 2 / 2017 (3), 237-254.

Capote Pérez, L. J. 2007. “Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad” en: *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2007, 59-80

Capote Pérez, L. J. 2020. *Tangible and Intangible Heritage in Spanish Law*, en prensa.

Cornu, M. Fromageau, J. Wallaert, C. (coords). 2012. Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel, Paris: CNRS Éditions

Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.^a Á. 2005. Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica. Madrid: Dykinson,

Díaz Vilela, L. 2006. “¿Qué es esa cosa llamada cultura?”, en: Curso interdisciplinar universitario “Ciencia y pseudociencias 2006”. La Laguna: Universidad de La Laguna.

Gillman, D. 2010. The idea of Cultural Heritage. Cambridge: Cambridge University Press

Gómez Gállego, F. J. 1999. Artículos 18 a 41 de la LH, en Albaladejo M. y Díaz Alabart, S. (eds) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, VIII, 4º. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 172 y ss. 182.

González Piñeiro, I. 2019. “Protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado: especial referencia al tráfico ilícito de bienes culturales”, en: Cuadernos de Direito, 12, 339-350.

Harlow, C. 1980. “Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction, in The Modern Law Reviews, 43(39), 285-318. Horwitz, M. J. 1982. The History of the Public / Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review, 130(6), 1423-1428.

Labaca Zabala M^a. L, 2013. “La protección del patrimonio etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: Especial referencia al País Vasco y Andalucía”, en Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, propiedad intelectual e industrial, 2.

Martínez Sanmartín L.P. 2011, “La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España: valoración y perspectivas”, en Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, I, 7.

Orozco Pardo, G. y Pérez Alonso, E. 1996. La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. Madrid: McGraw-Hill, 7, 21.

Roodt, C. 2015. Private International Law, Art and Cultural Heritage, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 1-5.

Santos Verdugo, J. 1994. “Libre circulación de los bienes culturales en Europa: un debate de salvaguarda y liberación”, en PH: Boletín del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, año 2, 6, 20-21.

Silverman, H. Ruggles, D. F. 2007. Cultural Heritage and Human Rights, en: Silverman, H. Ruggles, D. F. (eds). Cultural Heritage and Human Rights. New York: Springer.

Taşdelen, A. 2016. The Return of Cultural Artefacts. Hard and Soft Law Approaches. Cham: Springer International Publishing,

Vadi.V., Schneider, H. 2014. Art, Cultural Heritage and the Market: Legal and Ethical Issues, in: Vadi, V., Schneider, H. (eds): Art, Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues. Heidelberg: Springer, 2-6.

Velasco Caballero, F. 2009. The Public-Private Law Divide in Spanish Law, in Ruffert, M. (ed.) *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?* London: British Institute of International and Comparative Law, 123-142.