

LA INCIDENCIA DEL ARTICULO 28 DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL, EN LA LIBERTAD RELIGIOSA

SUMARIO: Planteamiento.—Precedentes legislativos en materia de bienes culturales.—Breves referencias al Derecho comparado: modelos francés, alemán e italiano. Conclusión.—La protección de los bienes culturales en la Constitución española de 1978.—La Ley de 25 de junio de 1985. Noción y estructura de bien cultural. Régimen común.—Peculiaridades de la Ley en la regulación de los bienes religiosos culturales.—Toma de posición: Modelo de relación Iglesia-Estado. Concepto técnico-jurídico de bien cultural. Función social de los bienes culturales.—Conclusiones.

PLANTEAMIENTO

El artículo 28 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985, establece un tratamiento diferenciado para los bienes muebles de interés cultural que se encuentren en posesión de instituciones eclesiásticas, en virtud del cual éstas sólo podrán enajenar y ceder dichos bienes al Estado, a entidades de Derecho público o a otras instituciones eclesiásticas. Dicha formulación ha despertado los temores de quienes, situados todavía en los parámetros del modelo liberal, recuerdan el trato dado a los bienes de la Iglesia a lo largo del siglo XIX. Temores que suscita el sometimiento de los mismos al régimen común y que parece aquietar la idea de una regulación específica que le sea favorable. Dicha regulación se pretende justificar tanto en el carácter religioso de dichos bienes por titularidad y destino como en la prioridad del valor religioso sobre el cultural.

Parece necesario, para hacer un correcto análisis del significado que la formulación del artículo 28 de la Ley tiene, situarnos en el marco jurídico en el que nos encontramos.

Dada la especificidad de los bienes de que se trata, tanto por su valor cultural como por su pertenencia a las instituciones eclesiásticas y, en ocasiones, su destino cultural, los parámetros en los que debemos movernos son, de un lado, el sentido y alcance que hoy tiene en el derecho del Estado la protección de los bienes culturales y, de otro lado, el modelo de relación Iglesia-Estado que se ha establecido con la Constitución de 1978.

La perspectiva histórica y una breve referencia a ordenamientos jurídicos cercanos al español y en los que en mayor o menor medida

se ha inspirado, nos permitirá tener una idea más clara del lugar jurídico en que estamos situados.

PRECEDENTES LEGISLATIVOS EN MATERIA
DE BIENES CULTURALES

La primera legislación protectora del patrimonio histórico-artístico en España se puede decir que comienza con la Ley de excavaciones de 7 de julio de 1911. Con anterioridad, principalmente a partir del siglo XVIII, bajo el reinado de Carlos III se habían dictado algunas disposiciones de carácter más bien urbanístico, preocupadas más por cuidar la estética de los edificios de nueva construcción que por conservar y restaurar los ya existentes. De ello queda constancia en la Real Orden de 23 de octubre de 1777 (1), en donde se encomienda a quienes construyan que sometan sus planos al examen, aprobación y enmienda de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando. Dicha observancia se recomienda, asimismo, a los Obispos, prelados y caballeros a través de una circular de 25 de noviembre de 1777 (2) y se extiende a lo largo del siglo XIX.

Sin embargo, ya en esta época encontramos un precedente de la política protectora del arte, aunque limitado a la pintura, en la Real Orden circular de 16 de octubre de 1779, dada por el Ministro de Carlos III, Floridablanca, en virtud de la cual se prohíbe en el Reino la exportación de antigüedades sin real permiso. En concreto, se establecía que en las aduanas se detuvieran y decomisasen todas las pinturas de los mejores autores fallecidos que se intentasen extraer fuera de España (3).

A esta etapa se remonta, asimismo, la tendencia que culminaría en el siglo XIX a habilitar edificios en los que dar cabida a las obras de arte provenientes de entidades eclesiásticas. Con la finalidad de dar cabida a los bienes incautados a la Compañía de Jesús, Carlos III encargó construir a Juan de Villanueva el edificio que más tarde sería el Museo Nacional del Prado.

Las desamortizaciones que se suceden a lo largo del siglo XIX contribuyen de una forma importante a la creación del patrimonio histórico-artístico nacional. Su crecimiento explica la proliferación de disposiciones que se escalonan a lo largo del siglo XIX y que culminan con la Ley Moyano de 1854, cuyo contenido no tiene más pretensión que crear una infraestructura que permita acoger el ingente material de bienes de valor histórico-artístico provenientes de las desamortizaciones eclesiásticas.

De otro lado, existe en esta etapa histórica una clara distinción entre lo privado y lo público y ello se advierte en el hecho de que los bienes

(1) Vid. *Novissima Recopilación*, l. 3, t. 34, L. 7.

(2) Vid. *Novissima Recopilación*, l. 5, t. 2, L. 1.

(3) Cfr. ARRIBAS ARRANZ, *La protección al patrimonio artístico nacional en el siglo XVIII*, en «BSAA», t. VI, 1939-40, pág. 237.

culturales en manos de los particulares permanecen en el ámbito de lo privado sometidos a las reglas de los contratos en cuanto instrumento que sirve para expresar la autonomía de los particulares frente al Estado.

El pensamiento liberal está presente en este contexto socio-político. Una muestra se encuentra tanto en la actitud del Estado frente a la Iglesia que denota, en ocasiones, la reacción frente a las estructuras del Antiguo Régimen, como en el modo de entender las instituciones; en concreto, la propiedad. En efecto, en la visión optimista del liberalismo económico, como es sabido, la propiedad sirve para expresar la libertad y la libertad misma es función social (4).

Esta visión encuentra su plasmación jurídica más acabada en la configuración que de la misma hace el Código de Napoleón, donde la propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosa de la forma más absoluta siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos; y se convierte en paradigma de la codificación liberal.

Ello explica que los bienes histórico-artísticos en manos de los particulares permanezcan en esta etapa histórica ajenos a cualquier injerencia estatal.

El cambio de siglo aporta novedades importantes en esta materia. Novedades que se orientan, en un primer momento, hacia un perfeccionamiento de la infraestructura, dotándola de medios técnicos y poniendo al frente a profesionales que permitan una mejor protección del patrimonio histórico-artístico del Estado. En este sentido, hay que destacar la creación por Real Decreto de 18 de abril de 1900 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, desgajado del Ministerio de Fomento, donde hasta la fecha constituía una simple Dirección General Unitaria, y ahí aparece por primera vez el órgano de la Dirección General de Bellas Artes. Inmediatamente después, en virtud del Real Decreto de 1 de junio de 1900, se forma el catálogo monumental y artístico. La catalogación de dichos bienes se configura no sólo como técnica de conocimiento, sino también de protección. En 1901 se crea una Inspección General de Monumentos, y en 1905 la Comisión General de Bellas Artes y Monumentos.

No obstante, como anunciábamos al comienzo de este epígrafe, la política propiamente protectora del patrimonio histórico-artístico ve sus primeras manifestaciones en la Ley de excavaciones de 1911 y el Reglamento que la desarrolla de 1912 y la Ley de Monumentos, de 4 de marzo de 1915. En ambas leyes se advierte, sin abandonar la visión liberal de la propiedad, una participación cada vez más activa del Estado en la política protectora del patrimonio histórico-artístico que excede la función puramente organizativa y que se pone de relieve en medidas como el derecho de tanteo y retracto que se reserva el Estado en la venta de las antigüedades pertenecientes a los particulares (5), o en la

(4) En este sentido, cfr. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Nápoles, 1977, págs. 160, 161.

(5) Ley de 7 julio 1911, artículo 9: «Los actuales poseedores de antigüedades conservarán su derecho de propiedad sobre las mismas, sin otras restricciones que

posibilidad que se reserva de adquirir en las transmisiones *mortis causa* aquellas series cuyo valor se perjudicara notablemente al separarse, previo pago de la cantidad en que fuere tasada (6). En lo que se refiere a los restos arqueológicos, el Estado se reserva el dominio de las antigüedades descubiertas casualmente en el subsuelo (7). Se encuentra aquí ya una excepción al régimen común establecido en el artículo 351 del Código civil según el cual el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Si otro lo descubriera, por casualidad, a éste le corresponderá la mitad.

Si bien es verdad que existe en la mencionada normativa un respeto casi absoluto a la propiedad privada, no es menos cierto que se intenta incentivar la actividad protectora del particular respecto a las obras de arte que posee a través de subvenciones y beneficios fiscales (8).

El tímido acercamiento que se observa en las referidas leyes al ámbito del derecho privado, adquiere un decisivo impulso en la Ley de 13 de mayo de 1933. En dicha ley se advierte la influencia de las corrientes filosófico-jurídicas que, como se sabe, a lo largo del siglo XIX habían modificado profundamente las premisas ideológicas del Estado de Derecho. La ideología individualista que había caracterizado el período del iluminismo da paso a una ideología de carácter comunitario que modifica de alguna forma la relación del individuo y la comunidad determinando la superioridad de ésta sobre aquél. Estas ideas van a estar presentes en la escuela sociológica del Derecho cuyo representante más destacado es DUGUIT. Dicho autor entiende la propiedad no como un derecho, sino como una función. Este planteamiento adquiere su formulación jurídica más completa en la Constitución de Weimar, en donde empiezan a aparecer atisbos de lo que será un Estado social de derecho y parece estar presente en la Constitución española de 1931, según parece desprenderse del artículo 44 de dicho texto normativo; en él se establece que toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional... (9).

las de inventariarlas y satisfacer un impuesto de 10 por 100 en caso de exportación, reservándose siempre el Estado los derechos del tanteo y retracto en las ventas que aquéllos pudieran otorgar...»

(6) Ley de 7 julio 1911, artículo 8: «... Los particulares transmitirán libremente por herencia el dominio de sus hallazgos, pero cuando éstos constituyan series cuyo valor se perjudicara notablemente al separarse los ejemplares que la formen, podrá el Estado, si por causa hereditaria tuvieran forzosamente que dividirse, adquirir la colección completa, previo pago de la cantidad en que fuere tasada...»

(7) Ley de 7 julio 1911, artículo 5: «Serán propiedad del Estado a partir de la promulgación de esta Ley, las antigüedades descubiertas casualmente en el subsuelo o encontradas al demoler antiguos edificios...»

(8) Ley de 4 marzo 1915, artículo 4: «Los Municipios, las Diputaciones provinciales, las Corporaciones, las Asociaciones reconocidas por la ley y los particulares que se comprometan a la conservación, restauración o reconstrucción de los monumentos a que esta ley se refiere, podrán disfrutar de una subvención de hasta el 25 por 100 del presupuesto aprobado para la obra...»; artículo 6: «La reconstrucción o reparación de Monumentos arquitectónicos artísticos quedará exenta de todo género de impuestos municipales o del Estado.»

(9) Vid. tanto la Constitución de 1931 como la Ley de congregaciones religiosas en SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, vol. II.

Dicha concepción de la propiedad no podía dejar de influir en el régimen de los bienes histórico-artísticos que por primera vez en la historia legislativa de nuestro país aparecen expresamente regulados a nivel constitucional. En efecto, en el artículo 45 de la Constitución se pone de relieve el interés público en la protección de los bienes culturales con independencia de quien sea su titular. Interés que justifica la injerencia estatal en la propiedad privada que hasta ese momento había permanecido ajena a la intervención del Estado. El precepto constitucional exige la elaboración de una legislación especial que someta a un régimen común los bienes histórico-artísticos con independencia de quien sea su titular. Es así como se promulga la Ley de 13 de mayo de 1933; en su artículo 2 establece el sometimiento de los bienes mencionados, cualquiera que sea su titular, a las obligaciones que en ella se establecen. Se configura, de esta manera, un régimen jurídico que desplaza la atención del sujeto al objeto regulado y establece una propiedad especial por razón del objeto regulado: el valor cultural del bien.

En líneas generales se puede decir que su contenido se caracteriza, cuando de bienes inmuebles se trata, fundamentalmente por dos cosas: en primer lugar, por el establecimiento de aquellas obligaciones que permiten preservar el bien y que se traducen en la obligación de realizar obras de consolidación y conservación que establece el artículo 24 de la Ley, así como en la prohibición de usar de forma que sea incompatible con su valor y calificación histórica o artística a la que se refiere el artículo 26 de la Ley. En segundo lugar, se pretende garantizar el acceso a dichos bienes a la colectividad; para ello el artículo 29 establece la obligación de todos, ya sean entes públicos, privados, eclesiásticos o particulares, de permitir cuatro veces al mes y en días y horas previamente señalados la contemplación, estudio y reproducción fotográfica o dibujada de los inmuebles sujetos a esta ley que les pertenezcan o que tengan en su posesión.

Sin embargo, el tratamiento que en la Ley se da a los objetos muebles es diverso. Con respecto a estos bienes parece respetarse en mayor medida la propiedad privada. Ya que, de un lado, en ningún precepto se establece la obligación de los particulares de conservar y restaurar el bien y, de otro lado, no se impone la obligación de permitir visitas. Aunque el propietario de alguna colección o algún bien de extraordinario valor podrá obtener la exención de los derechos reales que en las transmisiones de dichos bienes hubiera de pagar, siempre que se comprometa solemnemente a facilitar de una forma regular su estudio y reproducción fotográfica o dibujada. El incumplimiento de dicha obligación se sanciona con el pago del doble de los derechos reales correspondientes a la última transmisión.

Dos aspectos parecen dignos de ser resaltados: en primer lugar, que la obligación del particular surge *ex voluntate* no *ex lege*; y, en segundo lugar, que el acceso a dichos bienes está limitado a los investigadores. Se excluye, pues, con respecto a estos bienes, la posibilidad de ser contemplados por la colectividad.

Por otra parte, el tratamiento que dicha ley da a los bienes culturales de la Iglesia se explica si tenemos en cuenta que la Constitución de 1931 establece un modelo de relación Iglesia-Estado caracterizado por una valoración indiferente del fenómeno religioso que raya, a veces, en una valoración negativa propia del modelo de exclusividad. al someter su regulación a un régimen especial que le es desfavorable. La influencia del modelo francés parece clara, según se pone de relieve en la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas publicada en la «Gaceta de Madrid» el 3 de junio de 1933.

En efecto, al igual que hiciera el modelo francés, en el artículo 11 de dicha ley se determina que pertenecen a la propiedad pública nacional los templos y, en general, todos los edificios que, de una forma directa o indirecta, estén destinados al culto. En el artículo 12 se cede el uso de dichos bienes a la Iglesia católica a efectos de que puedan seguir destinados al culto.

En este contexto se explica que los bienes culturales en posesión de la Iglesia tengan el mismo trato jurídico que los bienes pertenecientes al Estado. Su carácter público justifica la prohibición del artículo 41 de la Ley de ceder por cambio, venta y donación a particulares ni a entidades mercantiles. Dichas operaciones, sin embargo, podrán realizarlas entre sí.

La instauración del régimen franquista supuso un paso atrás en esta evolución.

La Ley de 13 de mayo de 1933 sufrirá a lo largo de este período histórico importantes recortes que derivan de un cambio en el marco político y, por consiguiente, de la relación Iglesia-Estado y que inciden, de un lado, en la liberalización del tráfico de antigüedades dentro del territorio nacional y, de otro, en lo que se refiere a los bienes de la Iglesia católica; como consecuencia del modelo confesional establecido, el Estado se obliga a colaborar permanentemente con la Iglesia católica.

De lo primero es una muestra el Decreto de 12 de junio de 1953, modificado por los Decretos de 27 de enero de 1956 y 6 de febrero de 1969, sobre transmisión de antigüedades y obras de arte dentro y fuera del territorio nacional. Dicho Decreto, frente a la limitación del artículo 41 de la Ley de 1933 de enajenar o donar objetos muebles cuando éstos pertenezcan al Estado... o estén en posesión de la Iglesia en cualquiera de sus establecimientos o dependencias..., establece en su artículo 1 lo siguiente: «Las antigüedades y objetos de arte podrán libremente ser objeto de venta, donación o permuta dentro del territorio nacional.»

Lo segundo aparece reflejado con claridad en el artículo 24 del citado precepto, a través del cual, cuando se trate de objetos de propiedad de la Iglesia, el Estado procederá de acuerdo con la autoridad eclesiástica competente. Y definitivamente consolidado en el artículo 21, especialmente en los números 2, 3 y 4 del Concordato de 1953. Allí se prevé la constitución de una Comisión mixta integrada por represen-

tantes de la Iglesia y del Estado y que velará por el cumplimiento de la legislación no sólo civil, sino también canónica. Esta tendencia será una constante en las disposiciones estatales posteriores.

Puntos claves que separan dicho modelo del inmediatamente anterior y del presente como consecuencia de la confesionalidad son, pues, los siguientes:

1. El respeto y reconocimiento mutuo y recíproco de su respectiva competencia. Expresivos en este sentido son el número 2 y el párrafo 2 del punto 3 del artículo 21 del Concordato de 1953, en los que se dice que la Comisión mixta, compuesta paritariamente por miembros nombrados por el Obispo y por miembros designados por el Gobierno, deberán ser aprobados los primeros por el Gobierno y los segundos por el Obispo; en el número 3, párrafo 2, se obligan a vigilar el cumplimiento de las condiciones establecidas por las leyes, tanto civiles como canónicas, sobre enajenación de objetos de valor artístico que sean propiedad de la Iglesia o que ésta tuviera en usufructo o depósito.

2. Hay que señalar, de un lado, la recuperación por parte de la Iglesia de la posibilidad de vender libremente los bienes de interés histórico-artístico. Así se establece en el número 4 del artículo 21. De otro lado, lo que era casi una obligación en caso de decidirse a enajenar en la ley de 1933 se convierte en una concesión graciosa. En efecto, el artículo 21, número 4, dice así: «La Santa Sede consiente en que, caso de venta de tales objetos por subasta pública, a tenor de las normas del Derecho canónico, se dé opción de compra, en paridad de condiciones, al Estado.»

BREVES REFERENCIAL AL DERECHO COMPARADO

En general, se puede decir que tanto en los países que todavía hoy son un ejemplo típico de separatismo de matriz iluminista —el caso francés— como aquellos que continúan su tradición confesional —como el caso alemán, italiano o el español— se ha producido, sin abandonar ninguno de ellos definitivamente su tradición, una atenuación, como ha puesto de relieve CARDIA (10), en la contraposición entre sociedad civil y sociedad religiosa que las presenta a ambas en términos sensiblemente diversos del pasado.

La flexibilización de los perfiles confesionales o de los viejos residuos separatistas permite, en opinión de CARDIA (11), una visión del fenómeno religioso bajo el signo del pluralismo que frente a la relación institucional característica del modelo confesional, o la reducción del fenómeno religioso a mero hecho privado, propia del régimen de separación, propone el reconocimiento de la socialidad como carácter inmanente de la experiencia religiosa individual y colectiva.

(10) Cfr. CARDIA, *La riforma del concordato*, Turín, 1980, pág. 67.

(11) *Ibidem*, pág. 74.

Estas consideraciones justifican la elección de los modelos francés, alemán e italiano como exponentes de las tendencias señaladas y explican que no existan sustanciales diferencias entre unos y otros en esta materia. Veamos, pues, en sus líneas generales cada uno de los modelos indicados.

Modelo francés

Los principios que inspiran la relación entre las distintas Iglesias y el Estado aparecen recogidos en los artículos 1 y 2 de la Ley de 9 de diciembre de 1905 promulgada bajo el título de «Ley relativa a la separación de las Iglesias y del Estado». El artículo 1 dice así: «La República no reconoce, ni mantiene ni subvenciona ningún culto. Ella garantiza el libre ejercicio de los cultos...», y el artículo 2 dice: «La República no reconoce, ni mantiene ni subvenciona ningún culto.» Así, pues, la libertad y la igualdad se reconocen y garantizan a todos los cultos.

La proyección de estos principios sobre el régimen legal de las Iglesias y otros grupos religiosos da como resultado un modelo de relación Iglesia-Estado que hace una valoración indiferente del fenómeno religioso dando primacía a la igualdad sobre la libertad.

Esta actitud del Estado ante el fenómeno religioso se traduce en el régimen de bienes en un estatuto particular en virtud del cual, aparte de algunas excepciones, casi todas las iglesias, templos y sinagogas existentes con anterioridad a esta ley pasan a formar parte del dominio público. Sin embargo, el Estado pone, gratuitamente, a la disposición de los cultos antiguamente reconocidos dichos edificios. El derecho de ocupación y uso recae no sólo sobre los edificios, sino también sobre todos los bienes muebles que le integran. Su mantenimiento corre a cargo del Estado.

Las conclusiones que de aquí se derivan para nuestro trabajo son evidentes. Cuando dichos bienes tengan un valor artístico, su conservación, mantenimiento y restauración correrá a cargo del Estado. Ello explica que la Ley de 31 de diciembre de 1913 sobre los monumentos históricos no mencione a los bienes de las Iglesias, así como que se refiera a ellas únicamente en el artículo 26 de la mencionada ley para poner de relieve que a efectos de tomar las debidas precauciones para conservar y garantizar la custodia de un bien mueble, en caso de necesidad debidamente demostrada, se puede ordenar el traslado provisional del objeto cultural a un tesoro de una catedral si está afectado al culto y si no lo está a un museo y otro lugar público nacional...

En síntesis, y en lo que aquí interesa— se puede decir que en el modelo francés al pertenecer la parte más importante del patrimonio histórico-artístico de las Iglesias al Estado queda asegurada su conservación a cargo del mismo. Sin embargo, la pertenencia de dichos bienes al dominio público no impide un respeto a su valor religioso, como se pone de relieve en el artículo 26 de la mencionada ley. El cuidado de mantener los objetos destinados al culto en lugares que mantengan

la dignidad de su función denota un respeto al sentimiento religioso de sus ciudadanos.

Modelo alemán

En dicho modelo el problema clave es, como ha puesto de relieve SCHULZ (12), determinar el ámbito de competencia de la Iglesia y del Estado en esta materia; esto es, hasta dónde llega el deber de mantenimiento de un bien cultural con medios propios por parte de la Iglesia y cuál es la última responsabilidad del Estado en la tutela de los bienes culturales.

Hay que pensar que el modelo alemán es un modelo laico con una valoración positiva del fenómeno religioso en el que quedan reminiscencias de su pasado pluriconfesional. Ello se observa en el tratamiento privilegiado que tienen las antiguas iglesias oficiales: católica, luterana, calvinista, al ser consideradas por dictado constitucional corporaciones de derecho público y al poder, en consecuencia, recabar, utilizando el aparato estatal, el llamado impuesto eclesial.

La consideración de estos aspectos ha permitido a SCHULZ afirmar que «la Iglesia en la República Federal de Alemania, en cuanto ente de derecho público, tiene un deber especial de conservación de los propios monumentos, superior al de cualquier persona privada, deber equiparable al de los entes públicos. Lo cual parece justificado, en su opinión, por el hecho de que la Iglesia dispone de medios financieros provenientes de la tasa a ella atribuida por el Estado, esto es, la famosa tasa de culto (*Kirchensteuer*). Su posición de ente público requiere un grado más alto de obligación y de responsabilidad en el cuidado de sus propios monumentos» (13).

No obstante, no faltan opiniones contrarias. Así, ALBRECHT (14) considera que aquellas normas que obligasen a la Iglesia a un desmesurado deber de protección de los propios monumentos serían inconstitucionales porque estarían en contradicción con el principio de igualdad. Por cuanto que implicaría un tratamiento desigual en comparación con las personas privadas.

Acerca de la segunda cuestión parece haber unanimidad en la doctrina al afirmar que la última responsabilidad en la tutela de los bienes culturales corresponde al Estado (15). Ello tiene importantes consecuencias jurídicas en cuanto que se reconoce al Estado el derecho de ejercitar la vigilancia sobre los edificios eclesiásticos, el deber de la

(12) Cfr. SCHULZ, «La tutela dei beni culturali ecclesiastici nella legislazione della Germania Federale», en *Beni culturali e interessi religiosi*, Nápoles, 1983, página 240.

(13) *Ibidem*, pág. 241.

(14) Cfr. ALBRECHT, «Kirchliche Denkmalpflege», en *Handbuch des Staatskirchenrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Bd II (hrsg. E. FRIESENHAHN u. U. SCHEUNER i. V. m. J. LISTL), Berlín, 1975, págs. 209-210.

(15) Ello se desprende con claridad de los trabajos de los autores ulteriormente citados.

Iglesia de informar y aceptar los límites de su autonomía. La prioridad del Estado en esta materia le autoriza a proceder según lo establecido en la legislación, si el caso lo requiere, a la aplicación de sanciones penales e incluso a expropiar los bienes de la Iglesia si ésta no cumple su parte de responsabilidad como consecuente aplicación del artículo 140 GG en relación con el artículo 137, párr. 3, WRV.

Modelo italiano

Italia se encuentra entre aquellos países que, situados en una larga tradición confesional, han evolucionado hacia un modelo laico que valora de una forma prioritaria la libertad religiosa de sus ciudadanos, y de ello da constancia el artículo 19 de la Constitución italiana. El dictado constitucional se refleja en el artículo 1 del Acuerdo de revisión firmado entre la Santa Sede y el Estado italiano el 18 de febrero de 1984. En él la República italiana y la Santa Sede se comprometen a colaborar recíprocamente para la promoción del hombre y el bien del país.

Las líneas fundamentales de la reforma, como ha puesto de relieve CARDIA, son tres:

1. La declaración de aconfesionalidad del Estado.
2. La incorporación al Concordato de normas constitucionales. Hecho que ha sido criticado desde diversos puntos de vista, bien porque se entiende dicha incorporación superflua, bien porque cuando la incorporación no se adapta a la letra de la Constitución se ve un intento de evadir, por vía concordataria, vínculos y límites constitucionales.
3. Y, finalmente, se observa una tendencia a dilatar las materias concordatarias (16).

Donde este último aspecto se observaba con mayor nitidez era en el artículo 12 del proyecto de revisión del Acuerdo a través del cual se intentaba disciplinar por vía pacticia una materia que hasta ese momento había sido regulada unilateralmente. En efecto, en un primer borrador se formuló de la siguiente manera su contenido: «La Santa Sede y el Estado italiano se comprometen a colaborar para la tutela del patrimonio histórico-artístico de la nación con carácter sagrado.» Encomendando a una Comisión paritaria la formulación de las normas que debían someterse a la aprobación de las dos partes, para la salvaguardia de dicho patrimonio. La formulación de dicho artículo, en especial el punto en virtud del cual se encomienda a una comisión italo-vaticana la función de legislar sobre esta materia, fue fuertemente contestada.

El problema que se planteaba era muy delicado, ya que por vía constitucional esta materia está confiada a la exclusiva competencia del

(16) Cfr. CARDIA, *op. cit.*, págs. 177 y ss.

legislador nacional. Y así fue puesto de relieve por BELLINI, para quien la previsión de «un procedimiento atípico de producción normativa» en la materia puede presentar el «presupuesto para despojar a la República de los poderes autónomos que tiene para cumplir sus cargas, poderes que derivan del artículo 9 de la Constitución», y añade: «una cosa es vincular a los órganos eclesiásticos a una leal colaboración con nuestros oficios y otra prever comisiones paritarias —que actúan incluso a nivel normativo— en las que el Estado y la Iglesia tengan los mismos poderes y el mismo peso decisional, en mérito a valores que entran a pleno título en el orden propio del Estado» (17), y a esta opinión se sumó CARDIA (18).

Las críticas parecieron dar su fruto y el Acuerdo de Revisión se promulga con una modificación sustancial del artículo 12, en virtud del cual parece clara la unilateralidad del Estado para la elaboración normativa de dicha materia. La bilateralidad actuará sólo a efectos de armonizar la aplicación de la ley italiana con las exigencias de carácter religioso.

A pesar de que no es discutida la exclusiva competencia del Estado para regular esta materia no faltan opiniones que lamentan esta solución. En este sentido TALAMANCA, aun reconociendo el ámbito puramente reglamentario de la aplicación del artículo 12, considera que el Estado que ha firmado un Tratado internacional se encuentra vinculado a la efectiva actuación de los compromisos asumidos. En su opinión, la formulación de disposiciones basadas sobre un acuerdo bilateral reforzaría de una forma más eficaz la tutela del patrimonio cultural italiano (19).

La preocupación por el patrimonio cultural forma parte asimismo del contenido de los Acuerdos celebrados con las distintas Iglesias, confesiones y comunidades religiosas (20).

Conclusiones acerca del Derecho comparado

Este breve excursus por el Derecho comparado nos muestra que son datos comunes a los distintos modelos indicados los siguientes: 1. La especial atención a los objetos destinados al culto, aunque de alcance

(17) Cfr. BELLINI, *Prime note critiche sullo schema del nuovo Concordato*, en «Il Dir. Eccle.», I, 1977, pág. 45. También, del mismo, «I beni culturali di proprietà ecclesiastica nel nuovo Concordato», en *Nuovi Accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milán, 1985. Un tratamiento más extenso del tema puede encontrarse, en el mismo autor, en *Come nasce una «res mixta»: La tutela del patrimonio artistico nella bozza di nuovo Concordato*, Il Mulino, 1978.

(18) Cfr. CARDIA, *op. cit.*, pág. 199.

(19) Cfr. TALAMANCA, *I beni culturali ecclesiastici tra legislazione statale e normativa bilaterale*, en «Il Dir. Eccle.», I, 1985, pág. 36.

(20) Cfr. Acuerdo entre el Gobierno italiano y la Tabla Valdense, de 21 febrero 1984 (art. 17); Acuerdo con las «Asambleas de Dios» en Italia, de 29 diciembre 1986 (art. 26); Acuerdo con la Unión italiana de las Iglesias adventistas del Séptimo Día, de 29 diciembre 1986 (art. 28); Acuerdo con la comunidad israelita, de 27 febrero 1987 (art. 16).

diverso en los distintos sistemas. 2. La competencia exclusiva del Estado en esta materia.

El modelo francés liberado de su vinculación a las jerarquías eclesiásticas se preocupa por garantizar el respeto al sentimiento religioso de sus ciudadanos en términos de igualdad al comprometerse a conservar los bienes muebles con destino cultural en lugares sagrados.

Los modelos alemán e italiano, en cambio, insertados en una fuerte tradición confesional, mantienen reminiscencias del pasado que se manifiestan, por razón de su diferente confesionalidad, de forma distinta. Así, en el modelo alemán el problema se plantea a la hora de determinar si a las Iglesias debe exigírseles o no un deber de protección de sus monumentos superior al exigido a las personas privadas, en razón de los medios financieros de que dispone. En el modelo italiano, sin embargo, lo que está en juego es la autonomía normativa del Estado respecto a la Iglesia en esta materia y la subordinación de ésta a aquél.

LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El modelo español ha evolucionado, al igual que el italiano, desde un modelo confesional y autoritario hacia un modelo laico y pluralista que, de alguna forma, continúa la tendencia iniciada por la Constitución de 1931.

La Constitución de 1978 se refiere a la protección de los bienes culturales en el artículo 46, que desarrolla en un aspecto concreto el compromiso que los poderes públicos adquieren en virtud del artículo 44 de promover y tutelar el acceso a la cultura como uno de los medios que permite el libre desarrollo de la personalidad, elevado por el artículo 10.1 a fundamento del orden político y la paz social y único medio de conseguir que la libertad y la igualdad sean reales.

La conexión del artículo 46 con el artículo 44 y el 10.2 determinan, de alguna manera, la función social de los bienes históricos, culturales y artísticos que es la de servir para el disfrute de la colectividad. Dicha función social, a tenor del artículo 33 de la Constitución, deberá determinar su contenido (21).

De otro lado, el pluralismo político, la libertad y la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico determinan el modelo de relación Iglesia-Estado basado en la laicidad del Estado que establece el artículo 16.3 con una valoración positiva del derecho fundamental de libertad religiosa, en la medida que favorezca el desarrollo de la personalidad. El personalismo que impregna el ordenamiento jurídico

(21) La referencia a la «función social», como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad o como factor determinante de la delimitación de su contenido, ha sido puesta de relieve por la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado a la Ley de Reforma Agraria del Parlamento andaluz de 3 julio 1984.

vigente incide en esta materia determinando una relación personalizada, y es, desde esta perspectiva, desde la que deberá interpretarse —como ha puesto de relieve LLAMAZARES (22)— el sentido de la cooperación a que se compromete el Estado con las Iglesias.

LA LEY DE 25 DE JUNIO DE 1985. NOCIÓN Y ESTRUCTURA DE BIEN CULTURAL.
RÉGIMEN COMÚN

El objetivo marcado por el artículo 46 de la Constitución es resalado en el preámbulo de la Ley de 25 de junio de 1985, que desarrolla dicho precepto constitucional. En él se destaca como meta última de la ley el acceso de todos a los bienes que constituyen el patrimonio histórico-artístico español con 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. Hacia esta finalidad están encaminadas las medidas de protección y fomento. Se sitúa así, pues, dicha ley en el marco de un Estado social de Derecho en el que la tutela de la personalidad se convierte en una cuestión de orden público. Y es en este marco en el que hay que interpretar la Ley.

El primer problema que nos plantea su estudio es de naturaleza conceptual. Se trata de aunar todos los bienes que integran el patrimonio cultural en un concepto único que recoja los elementos comunes a todos ellos.

Noción y estructura de bien cultural

En Italia el informe elaborado por la llamada Comisión Franceschini, en 1966, ha sido el punto de partida para una elaboración dogmática y técnica del concepto de bien cultural.

Dicha Comisión da una noción de bien cultural que no es presentada como jurídica. La declaración Primera define, en un primer momento, los bienes culturales de la siguiente manera: «Pertencen al patrimonio cultural de la nación todos los bienes que incorporan una referencia a la historia de la civilización», para precisar en un segundo momento que «están sujetos a las leyes los bienes de interés arqueológico, histórico, artístico, etc..., que constituyen un testimonio material de los valores de la civilización.» La primera de las connotaciones del bien cultural, esto es, la referencia a la historia de la civilización, como ha observado GIANNINI, sirve para identificar el bien, pero no tiene un valor jurídico; sí, en cambio, la segunda, ya que la declaración hace derivar del ser «testimonio de los valores de la civilización» su sujeción a las leyes sobre bienes culturales. Bien entendido que, aunque la noción de bien cultural como testimonio material de los valores de la

(22) Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, «Actitud de la España democrática ante la Iglesia», en *Iglesia católica y regímenes autoritarios y democráticos*, Madrid, 1987, pág. 194.

civilización puede ser una noción jurídica válida, es una noción que no recibe su contenido de las normas jurídicas, sino que éste se opera mediante el reenvío a disciplinas no jurídicas. La cualidad de ser un testimonio material de los valores de la civilización la recibe a través de un juicio de valor realizado por comisiones de experto. Dicha calificación tiene dos virtualidades que indican, de un lado, su sometimiento a las obligaciones contenidas en la ley y, de otro lado, desplaza a un lugar secundario cualquier otra consideración del bien referida a su valor económico, al régimen de propiedad, a su utilización... (23).

Si bien es verdad que la Comisión Franceschini indica una noción de bien cultural, no dice, en cambio, qué naturaleza jurídica tiene dicho bien. Este problema ha preocupado a la doctrina italiana durante mucho tiempo. De entre las diversas posiciones que al respecto se han mantenido, cabe destacar, por su influencia posterior, fundamentalmente dos.

En primer lugar, la opinión de GRISOGLIA; opinión que elabora a raíz de la ley número 1089, de 1939, que se limita principalmente a las *cosas de arte* y las *bellezas naturales*, pero, sobre todo, referida al arte. La tesis que mantiene es que se trata de *bienes de interés público*, caracterizados por una pertenencia funcional al patrimonio cultural de la nación. En el supuesto de que los bienes pertenezcan al dominio público deriva un vínculo funcional de destino, mientras que los bienes de pertenencia no estatal se someten a una potestad estatal de tutela que comporta un destino público de carácter funcional (24).

Más tarde, los inconvenientes de dicha tesis han sido puestos de relieve por GIANNINI, que destaca la identificación que en ella se produce entre bienes culturales de pertenencia privada funcionalizada y bienes de interés público, y añade que decir que bienes de pertenencia privada son bienes de interés público significa proponer una tesis que explica sólo aspectos parciales y exteriores del problema; parciales porque deja fuera los bienes culturales que no son de pertenencia privada y exterior porque la situación subjetiva del Estado es idéntica en orden a todos los bienes culturales, recibiendo sólo para los bienes culturales de pertenencia privada una disciplina particular en cuanto a la modalidad de manifestación (25).

Además, hay que pensar —dice el citado autor— que los bienes culturales que se encuentran en manos de particulares constituyen una minoría y que, por otra parte, la permanencia puede variar, mientras que la función es siempre única y unitaria (26).

Deja de esta forma sentadas las bases que le permitirán una reconstrucción del concepto (27). Destaca qué elemento común a todos los

(23) Cfr. GIANNINI, «I beni culturali», en *Scritti in onore di Pugliatti*, vol. III, Milán, 1978, pág. 661.

(24) Vid GRISOGLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952.

(25) Cfr. GIANNINI, *op. cit.*, pág. 678.

(26) *Ibidem*, pág. 677.

(27) En su elaboración va a tener muy en cuenta las directrices en las que se basó el informe de la Comisión Franceschini, en cuya elaboración participó en calidad de experto.

bienes culturales es el interés público; interés objetivo y susceptible de ser referido a cualquier objeto del mundo exterior que sea portador de un valor típico que es el de ser testimonio material de los valores de la civilización o lo que también puede llamarse un valor cultural. De esta forma se puede explicar —entiende GIANNINI— que bienes tan heterogéneos como los que aparecen referidos en la ley tengan un mismo régimen. Pero, sobre, todo explica que el bien cultural tiene como soporte una cosa, pero no se identifica con la cosa misma, sino que, como bien, se adjetiva en el valor cultural inherente a la misma. Y éste es, para GIANNINI, el núcleo esencial de la teoría de los bienes culturales (28).

Así, pues, parte el citado autor de la distinción de PUGLIATTI (29) entre cosa y bien; distinción que permite explicar la existencia en una cosa material de varios intereses. Así, por ejemplo, el cuadro de un gran pintor es una cosa que soporta a la vez uno o más bienes patrimoniales, a la vez que otro bien cultural. Como bien patrimonial, la cosa (el cuadro) es objeto del derecho de propiedad y puede serlo de otros derechos (usufructo, prenda...); como bien cultural es objeto de situaciones subjetivas activas de poder público. De manera que la cosa es, de un lado, un elemento material de intereses de naturaleza patrimonial, o sea, es cosa que pertenece a un cierto sujeto. De otro lado, la cosa es elemento material de intereses de naturaleza inmaterial y pública, como es el interés cultural; como tal es bien cultural y sobre él el Estado tiene potestad, pero dicha potestad no mira a la utilización patrimonial de la cosa, sino a la conservación de la cultura y a su goce en el universo cultural. Es precisamente este dato el que va a permitir configurar el régimen a que están sometidos dichos bienes como de propiedad especial.

La coexistencia en la misma cosa de un elemento material y de un elemento inmaterial como partes autónomas e independientes permite separar la inmaterialidad como elemento común que permanece en todos los bienes culturales. Es inherente a la cosa. En ocasiones, coexiste con un valor patrimonial, como en el caso de las obras de arte; otras veces, en cambio, carece de valor patrimonial, como en el caso de los restos arqueológicos.

Junto a la característica de la inmaterialidad, destaca GIANNINI el carácter público de dichos bienes. Los bienes culturales —dice— son públicos no en atención a su pertenencia, sino en cuanto a su disfrutabilidad; ello significa que el poder del Estado interviene obligando a permitir el disfrute de dichos bienes.

En suma, se puede decir que para el citado autor los bienes culturales están integrados estructuralmente por dos elementos: son bienes inmateriales y públicos.

Dicha construcción, en cuanto pertenece a la teoría general del derecho, puede ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico.

(28) Cfr. GIANNINI, *op. cit.*, pág. 681.

(29) Cfr. PUGLIATTI, voz «Beni (teoria generale)», en *Enc. Dir.*, vol. V, Milán, 1959.

Los citados elementos integrantes de la estructura de los bienes culturales permiten explicar el régimen jurídico al que están sometidos, especialmente en aquellos casos en que el bien cultural sea de pertenencia no estatal.

Su carácter inmaterial le da autonomía y permite separarlo del régimen al que estaría sometido en atención a su pertenencia. El carácter público justifica la injerencia del Estado en cuanto protector y vigilante del cumplimiento de su función. Intervención que se manifiesta, como veremos, al examinar el contenido de la ley, a través de inspecciones, autorizaciones y sanciones.

Examinado desde esta perspectiva el tratamiento de los bienes culturales, no cabe plantearse problemas de conflicto entre derecho de fruición colectiva y derecho a la pertenencia económica individual (30), ya que al determinar la fruición colectiva, la función social del bien cultural configura, asimismo, su contenido y, posteriormente, un tipo especial de propiedad, con independencia de quién sea su titular. Ni cabe tampoco pensar, en principio, en la posibilidad de colisión entre bien cultural y bien religioso, ya que éste cualifica a aquél por razón de su contenido. Afirmación ésta que tiene su importancia, ya que resuelve el problema que podría plantearse en caso de que hubiera que sacrificar el destino religioso, bien entendido que respetando su valor religioso de un bien por preservar el carácter cultural. Dicho de otra manera, el objetivo de la ley es preservar el bien cultural, cualquiera que sea su simbología, en cuanto que es cultural, y su destrucción supondría una pérdida irreparable para la Humanidad.

Límite a esta consideración sería el caso en que la preservación del bien cultural supusiese una violación del derecho de libertad religiosa; en este caso habría que sacrificar el primero en favor del segundo por ser éste un derecho fundamental del individuo. Un ejemplo de este caso límite se puede encontrar en la consideración que el hebraísmo atribuye a las formas artísticas de los instrumentos del propio culto. Como ha puesto de relieve SACERDOTI (31), existe en el hebraísmo una absoluta prevalencia del uso cultural y del respeto de los ritos frente a una visión museográfica. Forma parte de la tradición judía la práctica de sepultar, no destruir, y, por tanto, inutilizar los rótulos de la ley que se hayan deteriorado hasta el punto de no poder ser utilizados para la lectura semanal. Sustraer objetos sagrados a la función para la que han sido creados y dedicados para transformarlos en piezas de exposición es un típico caso de envilecimiento del grado de santidad de dichos objetos y es absolutamente opuesto a la tradición hebraica.

(30) Problema que plantea GARCÍA DE ENTERRÍA en *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico-histórico y cultural*, en «REDA», 1983, pág. 584.

(31) Cfr. SACERDOTI, «Il patrimonio culturale delle minoranze religiose», en *Beni culturali e interessi...*, cit., págs. 217 y 218.

Régimen común

Los elementos que conforman la estructura de los bienes culturales —carácter inmaterial y público— explican, como ya se ha indicado, el régimen jurídico al que se someten dichos bienes con independencia de quién sea su titular.

En líneas generales se puede decir que su contenido, común a bienes muebles e inmuebles, se caracteriza fundamentalmente por dos cosas: en primer lugar, por el establecimiento de aquellas obligaciones que permiten preservar el bien y que se traducen en la obligación de conservar, mantener y custodiar el bien, así como en la prohibición de usar de la cosa cuando se ponga en peligro su conservación (32). En segundo lugar, permitir el disfrute a la colectividad, lo cual se asegura a través de la obligación de permitir las visitas públicas y de investigadores (33). Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, el Estado arbitra una serie de medidas que tienden a incentivar al titular de las mismas por su cumplimiento, otras establecen mecanismos de control y otras, finalmente, sancionan su incumplimiento.

Dentro de las primeras se pueden citar las siguientes:

1. Concesión de créditos en condiciones más ventajosas.
2. Disfrute de una serie de beneficios fiscales.

Los mecanismos de control se llevan a cabo a través del establecimiento de las medidas que siguen:

1. El inventario de los bienes integrantes del patrimonio cultural.
2. La inspección por parte de los organismos competentes de los bienes que se encuentren en manos de los particulares se convierte en una obligación para éstos.
3. Dicho control se ejerce también a través de las obligaciones que los particulares tienen de notificar las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* del bien con la finalidad de que conste en el registro.
4. Es, asimismo, obligación de los particulares solicitar autorización de los órganos competentes para realizar cualquier obra que tienda a la conservación.
5. De la misma manera será necesario solicitar autorización para realizar exportaciones.
6. Otras medidas tienden a que los bienes culturales reviertan al Estado como forma de asegurar su disfrute a la colectividad. Estas medidas son: el derecho de tanteo y retracto que se reserva el Estado para adquirir dichos bienes, así como en la posibilidad que se facilita contribuyente de pagar sus impuestos de la renta, el patrimonio y sucesiones con bienes de interés cultural.

(32) Vid. artículo 36 de la Ley Patrimonio Histórico-Artístico de 25 junio 1985.

(33) En la misma Ley, ver artículo 13.

7. Las posibilidades de controlar los bienes culturales existentes en la realidad se amplía a la colectividad a través de la extensión de la legitimación para solicitar la incoación del expediente para la declaración de un bien de interés cultural a cualquier persona, así como la posibilidad de que sea incoado de oficio. Dicha medida pretende evitar el peligro de sustracción por parte de quien sea titular de algún bien al control del Estado.

Y, finalmente, en el caso de que no se cumplan las obligaciones establecidas en la ley se pondrá en funcionamiento el aparato sancionador del Estado.

Si la infracción es de tipo administrativo, la sanción tendrá carácter económico. Si la infracción consiste en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la ley, esto es, aquellas que pretenden la conservación del bien, se aplicará la expropiación, que adquiere en la mencionada ley carácter de sanción.

PECULIARIDADES DE LA LEY EN LA REGULACIÓN DE LOS BIENES RELIGIOSOS CULTURALES

Dentro del régimen general establecido en la Ley de 1985, el artículo 28 de la misma supone una regulación específica, con respecto a los particulares, para los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el inventario general que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, y asimila su regulación a la de los bienes muebles pertenecientes al Estado.

Dicha regulación específica consiste en que, frente a la libertad para enajenar los bienes muebles de los particulares y las personas jurídicas privadas, las instituciones eclesiásticas ven limitada su libertad para enajenar en la medida en que sólo pueden transmitir sus bienes muebles, ya sea por título oneroso o gratuito al Estado o a otras instituciones eclesiásticas. Limitación que se extiende, según se desprende del artículo 56 LPH, al patrimonio documental y bibliográfico.

Hay que señalar que esa limitación no existe, de una forma expresa, con respecto a los bienes inmuebles. Ello lleva a la anómala situación de que puede venderse sin limitación una catedral mientras que no es posible vender a cualquiera un cáliz. Entiendo que esta anomalía, que también existe con respecto a los bienes inmuebles que pertenecen al Estado u otra institución pública, debe ser subsanada por el legislador, extendiendo de *lege ferenda* esta limitación a los bienes inmuebles que forman parte del patrimonio cultural de la nación y que se encuentran en posesión de la Iglesia o del Estado.

La intención que se encuentra detrás de dicha limitación se manifiesta con claridad en la intervención que la señora Pinedo Sánchez, en representación del Grupo socialista del Congreso, tuvo en defensa de la redacción del artículo 28, frente a las enmiendas presentadas

por los Grupos parlamentarios Centrista, Minoría Catalana y Popular. Todos ellos coincidían en defender la supresión de la limitación de disposición a las instituciones eclesiásticas. Limitación que consideraban discriminatoria. De las enmiendas presentadas es, quizá, la del señor Alvarez Alvarez, en representación del Grupo Popular, la que se manifiesta con una mayor riqueza de argumentos. De ahí que me refiera a esta posición como punto de contraste con la sostenida por la señora Pinedo, indicando aquellas afirmaciones que son claves para destacar la diversidad de planteamientos ideológicos desde los que se parte.

La señora Pinedo, en su intervención, justifica básicamente la limitación de enajenar y donar que allí aparece en el carácter público de los bienes culturales de la Iglesia. Dicho carácter les acerca más a los bienes de dominio público que a los bienes pertenecientes a los particulares (34).

Frente a esta posición, el señor Alvarez esgrime argumentos que parecen contradictorios para sustentar su propuesta. En efecto, de un lado, considera la norma discriminatoria porque les somete a un trato peor que el dado a los particulares; de otro lado, reclama en una de las enmiendas un trato privilegiado, proponiendo la supresión de esta fórmula y la remisión de su tratamiento a la Comisión mixta, en cumplimiento de lo establecido en los Acuerdos con la Santa Sede. Subsidiariamente propone, en caso de que esta fórmula no sea aceptada, que se permita enajenar dichos bienes a personas jurídicas con tal de que se deposite el bien en una institución abierta al público (35).

En el fondo, lo que parece importar al señor Alvarez no es que se discrimine a la Iglesia con respecto a los particulares, sino que no se le dé un trato privilegiado respecto a éstos. Los planteamientos de los que parte suponen una concepción liberal de la propiedad y un modo de entender la relación Iglesia-Estado que responde a un modelo confesional.

En la misma línea se encuentra la opinión de DE LA CUESTA (36), que califica esta limitación como de atentado a la propiedad. Dicha limitación, a su modo de ver, trata de encubrir puntos de posible inconstitucionalidad.

Entre la doctrina eclesiástica, el tratamiento de los bienes culturales de la Iglesia ha preocupado de distinta manera. En general, inquieta la idea de garantizar el destino cultural de tales bienes. Garantía que para DE LA HERA Y CORRAL se consigue manteniéndoles en la titularidad de la Iglesia. Frente al Proyecto de Ley del patrimonio denunciaban al texto legal el desconocimiento de los derechos de la Iglesia, del destino cultural de sus bienes y proponían una modificación que tuviera en cuenta el artículo (V del Acuerdo, reproduciéndolo literalmente o *ad sensu*. Para este último caso proponían la siguiente redac-

(34) «DSCD», núm. 183, 21 febrero 1985, pág. 8437.

(35) «DSCD», núm. 183, 21 febrero 1985, págs. 8432 a 8434.

(36) Cfr. DE LA CUESTA, *Aspectos jurídico-civiles del tratamiento de los bienes muebles de la Iglesia católica española en la Ley del Patrimonio Histórico-Artístico de 25 de junio de 1985*, en «REDC», núm. 44, 1987, pág. 150.

ción: «Para la defensa y protección de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Iglesia Católica o sus entidades y que formen parte del Patrimonio histórico-artístico, el Estado, en el marco del artículo 46 y demás preceptos de la Constitución, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo XV del Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, colaborará con la Iglesia, mediante los pertinentes Convenios, en la defensa y protección de los bienes de referencia (37).

Fórmula que intenta evitar el régimen general de los bienes culturales en aspectos como la intervención intensa de la Administración en medidas de control y naturalmente las que tienen un contenido sancionador, cuya aplicación, en opinión de DE LA HERA Y CORRAL, puede implicar un atentado al fin para el que primordialmente fueron concebidos, encargados, pagados y mantenidos (38).

Por otra parte, los mencionados autores proponen como vía de solución, en caso de conflicto entre bien cultural-religioso, la primacía de este último, ya que dicen: «debe quedar claro que nunca una cualidad secundaria o una finalidad advenediza debe primar sobre la cualidad, naturaleza o finalidad primaria» (39).

Más preocupada por la simbología del arte religioso que por la titularidad del mismo parece la opinión de ALDANONDO SALAVERRÍA. Dicha autora basa su argumentación en la libertad artística garantizada por la Constitución en el artículo 20.b) como derecho fundamental, cuyos contenidos deben ser respetados por el Estado. De ahí que las regulaciones estatales deban dejar a salvo la orientación litúrgico-sagrada del bien (40).

Sin embargo, a pesar de que su planteamiento es diverso al que mantiene la posición anterior, al primar el valor religioso del bien por encima de su valor cultural (41), termina por resolver de la misma manera el conflicto entre el interés del Estado en la conservación del bien cultural y el interés de la Iglesia en subordinar dicho interés al destino cultural del bien.

De otro lado, PRESAS BARROSO muestra su preocupación por aspectos técnicos de la ley, como el sometimiento de bienes heterogéneos al mismo régimen, así como la defectuosa coordinación técnica entre Iglesia y Estado en la defensa del patrimonio histórico-artístico que se advierte en el documento elaborado por la Comisión mixta el 30 de octubre de 1980 (42).

(37) Cfr. DE LA HERA y CORRAL, *Bienes culturales e intereses religiosos*, en «Revista de Derecho Privado», 1982, pág. 432.

(38) *Ibidem*, pág. 427.

(39) *Ibidem*, pág. 427.

(40) Cfr. ALDANONDO SALAVERRÍA, *Comunidades Autónomas y bienes culturales eclesíásticos*, en «Ius Canonicum», vol. XXIV, 1984, págs. 299 a 301. También, de la misma, *Protección de los bienes culturales y libertad religiosa*, en «ADE», vol. III, 1987.

(41) Cfr. ALDANONDO SALAVERRÍA, *Protección de los bienes...*, cit., pág. 297.

(42) Cfr. PRESAS BARROSO, *Alternativas legales a una cuestión patrimonial: los bienes artísticos de la Iglesia española*, en «ADE», vol. I, 1985, pág. 229.

Pero, con independiencia de preocupaciones diversas, en el fondo late una idea común y es la de considerar en términos absolutos el valor religioso del bien por encima del cultural. Ello lleva a DE LA HERA Y CORRAL y ALVAREZ CORTINA (43) a entender que esta materia debe ser objeto de una Legislación pactada.

En síntesis, pues, se puede decir que la contestación a la formulación del artículo 28 se ha producido desde varios centros de interés. Unos, desde una perspectiva liberal, parecen defender el libre mercado de dichos bienes. Otros se preocupan por asegurar la titularidad de la Iglesia sobre su patrimonio y, finalmente, otros argumentan desde la consideración de las obras artísticas de carácter religioso como una manifestación de la libertad artística. No obstante, en general, se coincide en defender una regulación de los mismos concordada con la Iglesia.

TOMA DE POSICIÓN. MODELO DE RELACIÓN IGLESIA-ESTADO.
CONCEPTO TÉCNICO-JURÍDICO DE BIEN CULTURAL. FUNCIÓN SOCIAL
DE LOS BIENES CULTURALES

En mi opinión, un adecuado planteamiento del problema debe tener en cuenta los siguientes datos:

1. Modelo de relación Iglesia-Estado establecido.
2. Concepto técnico-jurídico de bien cultural.
3. Función social de dichos bienes en el marco de un Estado social de derecho.

No perdiendo de vista estos datos podremos dar una respuesta adecuada a los problemas que preocupan hoy a la doctrina y que son los siguientes: en primer lugar, determinar quién debe legislar en materia de bienes culturales en posesión de instituciones eclesiásticas y después si está justificada la limitación del artículo 28 LPH.

La respuesta a la primera cuestión parece clara. En primer lugar, el artículo 16.3 declara el carácter aconfesional del Estado español.

Después el Estado asume, porque así se lo exige la Constitución, a través de los artículos 44 y 46 en relación con el 10.1, la máxima responsabilidad en la tutela y promoción de la cultura en cuanto medio de alcanzar la libertad. A través del artículo 149.1.28º tiene reservada con respecto a las Comunidades autónomas la exclusiva competencia en la defensa del patrimonio cultural y artístico frente a la expoliación y exportación. Ello queda confirmado en el punto número 3 del Documento elaborado el 30 de octubre de 1980 por la Comisión mixta, cuya creación contempla el artículo XV del Acuerdo sobre asuntos culturales.

(43) Cfr. ALVAREZ CORTINA, *Bases para una cooperación eficaz Iglesia-Estado en defensa del patrimonio, histórico, artístico y cultural*, en «Ius Canonicum», vol. XXV, 1985, pág. 331.

En él se deja bien claro el sometimiento de dichos bienes a la legislación del Estado.

En la delimitación de su competencia —la del Estado— con respecto a los Acuerdos hay que tener presente que los Acuerdos con la Santa Sede son, es verdad, Tratados internacionales, pero a través de ellos el Estado no se compromete a ceder parte de su soberanía a efectos de legislar determinadas materias. Si hubiera querido que fuera así, como ha puesto de relieve LLAMAZARES (44), hubiera utilizado el cauce adecuado; esto es, la vía que le ofrece el artículo 93 de la Constitución. Puesto que no ha sido así, no cabe plantear la alternativa que determinados sectores doctrinales anteriormente señalados, sostienen frente a la ley.

Todo ello permite sostener la exclusiva competencia del Estado para legislar en materia de bienes culturales cualquiera que sea el contenido que expresen, en cuanto testimonios de la civilización, y justifica su injerencia mediante las medidas de control, medidas sancionadoras, así como su cooperación económica que se manifiesta en subvenciones y dotaciones indirectas.

Sin embargo, es verdad que los bienes eclesiásticos tienen un contenido específico por cuanto son testimonios de la fe de sus ciudadanos. No obstante, el valor religioso del bien no le sustrae a la categoría de bien cultural, entendida en el sentido anteriormente explicitado, como testimonio de la civilización. Por ello, dada la especificidad de los bienes culturales religiosos, tanto por su pertenencia como por su destino y el compromiso que el Estado adquiere en virtud del artículo 16.3 de establecer relaciones de cooperación con las confesiones, Iglesias y comunidades es obligado cumplimiento que el Estado colabore con la Iglesia católica y demás confesiones con la finalidad tanto de garantizar el acceso de la colectividad al disfrute de los bienes de la Iglesia como de respetar la finalidad religiosa de dichos bienes, en tanto en cuanto son medio de manifestación de la libertad religiosa de los individuos.

Expresión de estos objetivos es el artículo XV del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos culturales, en donde se prevé la creación de una Comisión mixta encargada de fijar los criterios básicos de colaboración. En el documento elaborado por dicha comisión el 30 de octubre de 1980 aparecen explicitados los objetivos que constituirán el marco jurídico de actuación. De especial interés es el punto 3.º; en él aparecen enunciadas las bases de la cooperación técnica y económica. Los términos de la negociación son, fundamentalmente, dos: 1. El respeto del uso preferente de dichos bienes en los actos litúrgicos y religiosos, así como la conservación de los mismos en su emplazamiento original o natural, siempre que sea posible. 2. El sometimiento de dichos bienes a la legislación civil del Patrimonio histórico-artístico y documental.

Estos dos aspectos marcan los límites dentro de los cuales deben ser desarrolladas las relaciones de cooperación. De su adecuado cumplimiento son una muestra los Acuerdos celebrados en las distintas Comunidades autónomas entre los Obispos y los Consejeros de Cultura.

Queda excluida, por tanto, la posibilidad de plantearse una legislación pactada sobre esta materia. La colaboración convenida entre los representantes del Estado y la Iglesia se reduce a un nivel operativo que garantice la conservación de los bienes culturales religiosos, en tanto que expresión del derecho de libertad religiosa de sus ciudadanos.

La protección del patrimonio histórico-artístico es, asimismo, uno de los objetivos perseguidos por el proyecto de acuerdo todavía no concluido con el representante de la comunidad israelita.

En la respuesta a la segunda cuestión, esto es, si está justificada la limitación del artículo 28 LPH, hay que tener presentes estos dos aspectos: 1. El concepto técnico-jurídico de bien cultural. 2. Función social de dichos bienes en el marco de un Estado social de derecho.

Recordemos que el concepto técnico-jurídico de bien cultural, siguiendo la opinión de GIANNINI, está integrado por dos elementos: uno de ellos hace referencia al valor inmaterial del bien cultural en tanto que cultural. Este aspecto común a todos los bienes culturales le da autonomía respecto de la cosa y de los demás intereses que confluyen en ella y explica su sometimiento a una legislación especial. El otro elemento indica su carácter público. Dicho carácter justifica la injerencia estatal en el ámbito privado.

Todo ello se explica si tenemos en cuenta que el instituto de la propiedad se utiliza en clave social. Función social de los bienes culturales es garantizar su fruición a la colectividad. Y éste es el objetivo que persigue la ley. Objetivo explicitado en el párrafo último del preámbulo que dice así: «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», ya que —continúa— «... con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y ésta es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

De manera que parece evidente que el acceso de la colectividad a dichos bienes tiene mayores garantías si éstos se encuentran en el ámbito de lo público. De ahí que se intente, de un lado, evitar el paso de los bienes culturales de lo público a lo privado y, por otro lado, establecer las medidas que permitan que los bienes culturales en manos de particulares reviertan al ámbito de lo público.

En cumplimiento de lo primero se prohíbe vender bienes pertenecientes al Estado a los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas.

En cumplimiento de lo segundo, el Estado se reserva la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo y retracto en las ventas de bienes culturales que realicen los particulares. Así como permite el pago de los impuestos de la renta, patrimonio y sucesiones con bienes culturales.

¿En qué lugar quedan, pues, los bienes culturales pertenecientes a las instituciones eclesiásticas, en concretos los de la Iglesia católica? ¿Son bienes públicos o privados? Es verdad que si atendemos a su titular no cabe su consideración como bienes de dominio público; sin

embargo, también es cierto que participan junto con los bienes de dominio público de una característica común: son bienes afectados a una utilidad pública (45). Así son considerados por el ordenamiento canónico, como se desprende del can. 1254, al referirse a los fines propios de los bienes temporales de la Iglesia y así parece reconocerlo el legislador estatal al equiparar en el artículo 28 de la LPH los bienes culturales de las instituciones eclesiásticas con los del Estado, limitando a ambos la posibilidad de realizar enajenaciones que supongan el paso de dichos bienes al ámbito de lo privado.

CONCLUSIONES

Los datos aportados nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

1. Los bienes culturales religiosos, por su pertenencia o destino, están sometidos en el derecho español vigente a la legislación estatal.
2. Su especial protección como bienes religiosos se explica si tenemos en cuenta que el modelo de relación Iglesia-Estado en el que estamos insertos es un modelo neutral con una valoración positiva del derecho fundamental de libertad religiosa. Esta especial protección queda suficientemente garantizada en el Documento elaborado por la Comisión mixta el 30 de octubre de 1980. Allí se establecen los criterios básicos de colaboración técnica y económica.
3. La limitación establecida en el artículo 28 de la Ley se encuentra en coherencia tanto con los objetivos que orientan al legislador estatal como con la naturaleza de los bienes religiosos.
4. En relación con los modelos de derecho comparado analizados se puede decir que el modelo español se aleja del italiano y se acerca al francés al garantizar —aunque de forma distinta a como lo hace el francés— la permanencia de los bienes culturales pertenecientes a las instituciones eclesiásticas en el ámbito de lo público.

Adoración CASTRO JOVER
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universidad de Valladolid.

(44) Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 163.

(45) En este sentido se manifiesta la opinión de RAMÓN BIDAGOR en «Los sujetos del patrimonio eclesiástico y el "ius eminens" de la Santa Sede», en *El Patrimonio Eclesiástico (Estudios de la Tercera Semana de Derecho Canónico)*, Salamanca, 1950, pág. 41.