

Ponencia I

JOSEP MELIA

INTRODUCCIÓ

Es difícil des de l'àmbit jurídic, considerar que la legislació proteccionista del patrimoni històric peca d'insuficient. Si de qualque cosa peca és d'excessiva i de dispersa. Ja l'any 1977, mentre s'elaborava la Constitució, Tomás Ramón Fernández establí una anàlisi titulada "La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico. Balance de su situación de cara a su reforma"¹ a on concluïa tot examinant el primer avantprojecte del que seria la Llei del patrimoni Artístic Espanyol "se pretende con ello ampliar el campo de protección para que ningún bien pueda escapar a ésta. Se olvida, sin embargo, que yaahora mismo el campo está suficientemente cubierto".²

Realmente, es fa difícil trobar una legislació tan tenaç i completa en la seva voluntat protectora i uns resultats tan minsos o aberrants. Que la legislació va per una banda i la realitat per l'altra és una cosa ben fàcil decomprovar. Citarem només uns pocs exemples que ens afecten d'una manera concreta com a mallorquins.

El decret de 22 d'abril de 1949 (B.O.E. 5-5-49) protegia en teoria tots els monuments militars. L'article quart d'aquell text encarregava a la Direcció General de Belles Arts que procedís a "redactar un inventario documental y gráfico, lo más detallado posible de los castillos existentes en España". Aquest catàleg no aparegué fins l'any 1964. Doncs bé, durant aquests anys, es destruïren deliberadament, o s'ensorraren, molts dels monuments protegits. I la cosa més paradoxal és que, quan això succeí, l'Administració ni tan sols reaccionà. així, posem per cas, el catàleg protegeix la torre de defensa de Sant Vicenç (Pollença), del segle XVI, amb aquestes paraules "Destruïda en 1950". Com es pot protegir una cosa destruïda és un tema que com a juristes encara nohem estat capaços d'esbrinar.

¹ Tomás Ramón Fernández: "La legislación española sobre el patrimonio histórico-artístico. Balance de su situación de cara a su reforma". Conferència al Curs d'Urbanisme de l'Universitat Menéndez Pelayo de Santander. Publicat a la "Revista Española de Derecho Urbanístico", número 60, 1978, pág. 13 a 36.

² Ramón Fernández, loc. cit, pág. 35.

Un altre cas similar és la protecció del conjunt monumental de la ciutat d'Alcúdia i les runes de Pollentia. La declaració és produït per Decret 2.174/74, de 22 de juliol. Doncs bé, el procés administratiu començà quinze anys abans. Sotmés el tema a informe de l'Ajuntament el Ple Municipal decidí deixar el tema sobre la taula. I damunt la taula restà fins que tres lustres després es promulgà el Decret esmentat, naturalment amb la menció que el tema havia estat sotmés al preceptiu informe municipal. Durant aquest temps, com és lògic, havien desaparegut una bona part dels monuments catalogats.

I un tercer exemple ja com final. El Decret 984/1972, de 24 de març, declara paisatge pintoresc tota la serralada de Tramuntana. L'article segon d'aquest decret encomana als ajuntaments l'observança de la declaració i l'adaptació dels seus plans d'ordenació als criteris proteccionistes. Doncs bé, ara es comencen a dictar sentències (com la recent del camí de Lluç-alcari) perquè no es compleixen els tràmits d'intervenció obligada de la Comissió del Patrimoni. I sense anar més enfora: hi ha ajuntaments, com el de Pollença, que mai no han tramitat un sol expedient davant la Comissió del Patrimoni malgrat que mig terme municipal en sia afectat. I que en el Pla General no en fan cap referència.

Creim que aquests tres botons de mostra son prou demostratius de quin és l'estat real de la qüestió: proliferació de normativa, descoordinació interadministrativa: una legislació perfeccionista damunt el paper i una realitat crua i deplorable. En resum, com ha escrit José Luis Álvarez una legislació desordenada i difícil d'interpretació coordinada, i així mateix fragmentària i dispersa³. I és que com escriu Tomás Ramón Fernández en el treball abans esmentat "El trueno del Boletín Oficial puede intimidar durante algún tiempo, pero si después del trueno no rompe nunca a llover, nadie comprará paraguas, por mucho que siga tronando".

No calen més comentaris.

2. ANTECEDENTS HISTÒRICS

Veure com s'ha arribat a aquesta situació, sempre des de l'òptica jurídica, es relativament senzill. Hi ha treballs molt meritoris sobre la matèria. Un d'ells, és l'article de Ramón Martín Mateo titulat "La propiedad monumental", aparagut a la "Revista de Administració Pública"⁴. L'article comença amb aquestes eloquents paraules: "Apenas conocida, al menos hasta épocas recientes, fuera de un reducido grupo de especialistas y de entusiastas defensores de los patrimonios monumentales nacionales, este tipo de legislación ha constituido, sin embargo, en todos los países un notable exponente de la progresiva transformación de este instituto a la idea de la subordinación del ejercicio de las facultades dominicales a los superiores intereses de la colectividad". Un altre re-

³ José Luis Álvarez: "El patrimonio artístico español", Valladolid, 1975. Més extensament i actual, el mateix Álvarez ha publicat el llibre "Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985", Madrid 1989.

⁴ Ramón Martín Mateo: "La propiedad monumental". En Revista de Administració Pública, n° 49, pàgines 81 y ss.

sum de l'evolució històrica ben sistematizada es pot trobar a l'obra de Piedad García Escudero i Benigno Pendas García (págs. 25 i ss)⁵.

Aquests treballs —i molts d'altres com el de Gloria González Ubeda⁶, Eduardo Roca Roca⁷, García de Enterría⁸, Bassols Coma⁹, etc. ens excusen d'oferir una relació puntual de tota l'evolució legislativa. Posats a cercar fins a la Partida 3^a (Llibre 15, títol 30) s'han remontat els autors que cerquen els precedents legislatius sobre la conservació de conjunts de defensa i murades fortificades. Nieto Gallo troba precedents al Fuero Real, a les Partides i al Ordenamiento de Alcalá¹⁰. I és que si per qualque cosa s'ha de perdre el nostre patrimoni monumental no ha d'ésser, precisament, per manca d'una legislació voluminosa que en senyali la seva protecció¹¹.

Per tant, prescindint d'aquests precedents que sens dubte hauriem de qualificar d'arqueològics, podem resumir l'evolució històrica de la política proteccionista en tres grans capítols:

- a) La legislació borbònica. Bàsicament influïda per l'activitat acadèmica d'inspiració francesa i singularitzada pels primers intents d'intervenció administrativa¹².
- b) La legislació de la II República. Que introduí la primera constitucionalització de la protecció del anomenat "Tesoro artístico de la Nación" (Art. 45 de la C.E. de 1931). Etapa caracteritzada pel procediment qualificatori i l'esquema bàsic de la qual es mantengué sense cap modificació essencial¹³, prescindint del fet que durant el franquisme les Lleis Fonamentals no es preocupessin de solemnitzar la voluntat proteccionista¹³.

⁵ Piedad García Escudero-Benigno Pendas García: "I. El Derecho del Patrimonio Histórico: Teoría Genral. Ministerio de Cultura. Madrid 1986, 231 págs.

⁶ Gloria González Ubeda: "Aspectos jurídicos de la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural". Madrid s.f. "Régimen jurídico de la protección del patrimonio histórico-artístico y cultural". Ministerio de Cultura, Madrid, 1981.

⁷ Eduardo Roca Roca: "El patrimonio artístico y cultural", IEA, Madrid 1976.

⁸ Eduardo García de Enterría: "Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural", revista Española de Derecho Administrativo, n° 39, 1983.

⁹ Martín Bassols Coma: "El patrimonio histórico español: Aspectos de su régimen jurídico", Revista de Administración Pública, n° 114 págs. 93 a 125.

¹⁰ Nieto Gallo: "Política de principios para la protección de las antiguas ciudades españolas", Servicio de Defensa del Patrimonio Artístico Nacional" Dirección General de Bellas Artes. Madrid 1964, pág. 3.

¹¹ Convencionalment, s'accepta que la legislació del segle XIX en aquesta matèria comença amb la Instrucció de Carles IV de 26 de març de 1802. Llei 3^a, títol XX, Llibre VIII de la Novíssima recopilació.

¹² Aquesta normativa té alguns punts cimers com son la R. Cédula de 1797, una altra de 16 d'octubre de 1797, prohibint l'exportació de bens artístics, la R.C. de 6 de juny de 1803 ja esmentada sobre protecció monumental, la R.O. d'11 de gener de 1808 disposant que tota obra municipal d'arquitectura, pintura i escultura en temples, places i llocs públics mereixin l'aprovació de l'Acadèmia de Pintura, dues R.O. de 1 de setembre o 10 d'octubre de 1850 sobre protecció monumental, la R.O. de 11 de gener de 1851 que exigeix la intervenció de l'Acadèmia de San Fernando, el D. de 16 de desembre de 1873 sobre protecció d'edificis històrics, la creació de la Comissaria General de Belles Arts (1905), la de la Inspecció General Administrativa de Monuments Artístics i Històrics (1910), la Llei d'Excavacions Arqueològiques de 7 de juliol de 1911, la Llei de Monuments de 4 de març de 1915 etc. Vid per més detalls, Benítez de Lugo op. cit. pág. 14 i ss.

¹³ De l'etapa republicana cal destacar l'art 45 de la CE de 1931, la Llei de 13 de maig de 1933, i el seu Reglament de 16 d'abril de 1936 que han estat la legislació bàsica fins als nostres dies.

c) L'etapa democràtica, en la qual ens trobam, i que es distingeix per una sèrie de trets singulars com son: 1) La constitucionalització de la protecció del patrimoni històric i cultural; 2) L'existència d'una nova Llei del Patrimoni Històric Espanyol (Llei 16/1985, de 25 de juny i Reglament Parcial aprovat pel R.D. 11/1986, de 10 de gener) que comporta nous plantejaments en ordre a la planificació urbanística de caràcter especial, incentius fiscals, diversificació dels diferents règims legals etc; i 3) El plantejament formal de la necessitat de coordinació entre la legislació bàsica de l'Estat i les competències de les Comunitats Autònomes, que amb caràcter general tenen assumides competències en aquest àmbit¹⁴.

Aquestes tres etapes, com el misteri de la Trinitat, desemboquen, almanco fins ara, en una tradició gairebé uniforme. Si el segle XIX, com diu García de Enterría, representà "una pavorosa depredación de nuestro patrimonio"¹⁵, els sistemes de protecció dictats amb posterioritat no han garantit resultats molt més positius. El Real Decret de 1 de juny de 1900 determinà que es formés el catàleg artístic nacional. El 1922 es creà la Comissió revisora del catàleg i el 1926 es donà a les Corporacions Locals un termini perentori de tres mesos per remetre la llista de monuments existents. L'any 1933 s'hagué de reiterar aquesta exigència. I el 1953 s'encomenà al Ministeri d'Educació nacional la formalització immediata de l'inventari general del tresor artístic, dins el qual s'haurien d'incloure les runes, els jaciments prehistòrics, els monuments nacionals declarats, els jardins artístics, conjunts urbans i paratges pintorescos. El 1961 es reiterà l'encàrrec al Servicio Nacional de Información Artística, Arqueológica i Etnològica, depenent de la Direcció General de Belles Arts, i l'any 1966 Martín Mateo ho qualificava de "encargo al parecer no cumplido"¹⁶. Cal afegir que, a hores d'ara, el problema es manté en la mateixa situació i que encara estem en fase de fer inventaris del nostre patrimoni artístic i cultural? Pel que fa als principis teòrics fa més de cent anys que el nostre sistema jurídic té establertes unes bases raonables de protecció del dit patrimoni. A la pràctica, en canvi, la legislació demostra la seva inoperància dia rera dia i la descoordinació entre les diferents administracions és una realitat. Pot estranyar, doncs, que bens catalogats i protegits per declaracions expreses com el Castell del rei, molts dels edificis d'Alcúdia i Muro, la Fortalesa de l'Avançada i tants d'altres sien una pura burla de les normes que declararen la seva solemne protecció?

3. SITUACIÓ SOCIAL. LEGISLACIÓ PROTECCIONISTA I DRET URBANÍSTIC.

Com diu eloquentment Bassols Coma, la dissociació entre la legislació proteccionista i el Dret Urbanístic "acentuaría una desconexión y descoordinación, que han constituido uno de los fenómenos que han contribuido con más inten-

¹⁴ Bassols Coma: "Código de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. Ordenación sistemática por instituciones y materias", IEAL, Madrid 1983. García Escudero y Pendás op. cit. pág. 103 y ss.

¹⁵ García de Enterría: op. cit. pág. 576.

¹⁶ Martín Mateo: loc. cit. pág. 78.

sidad a la pérdida de la dinámica de la protección histórico-artística y que han generado durante las décadas de los años sesenta y setenta perjuicios notables en todos estos órdenes (el fenómeno ha sido ampliamente estudiado por los principales autores que se han ocupado de estos temas: Martín Mateo, Fernández Rodríguez y López Ramón¹⁷. Com podeu veure, la depredació denunciada per García de Enterría no ha fet més que continuar.

Seguint la metodologia que ens hem imposat de no dur aquesta ponència a un terreny exclusivament teòric, proposarem alguns casos concrets. Per què resulta possible la destrucció del casal del Sindicat de Fòra? Per la senzilla raó que no estava catalogat i la ordenació urbanística n'ignorava cap singularitat ni significació històrica. Per què avui es proposa la destrucció del Bordell (o barri xinès) de Palma, que representa ni més ni menys que l'estructura de la ciutat migeval? Resposta: per les mateixes cinc-centes i a desgrat de la protecció que declara tot el conjunt històric de la ciutat antiga.

I és que malgrat tots els esforços per adaptar la nostra legislació a les directrius internacionals¹⁸, i a desgrat de la constitucionalització del tema¹⁹, ens trobam amb un doble ordre de mesures administratives. Per una part, amb la legislació sectorial específica. Per l'altra amb la normativa urbanística. La primera, reivindicada per l'Estat. La segona, competència exclusiva de les Comunitats Autònomes. Ergo: motiu d'un conflicte de constitucionalitat en inici, i acte seguit d'una sèrie de desentesos que no sabem a on acabaran. I respecte dels quals la coordinació proposada en els articles 16 a 24 de la Llei de 1985, només són un pegat foradat en un sistema que fins ara l'única cosa que ha demostrat és la seva absoluta inoperància²⁰. És més, tot i que tothom és conscient de la necessitat absoluta de lleis concretes que facin viable la protecció constitucional al patrimoni històric, és més que discutible que els criteris del legislador s'ajustin a una mínima lògica constitucional i no sien un exemple més de l'usurpació dels drets de les Comunitats Autònomes. En efecte, la competència estatal (art. 149.28) s'hauria de limitar a la defensa del patrimoni "monumental" d'interès per a la Comunitat autònoma (i és difícil pensar que hi hagi interessos culturals

¹⁷ Martín Mateo. *Ibidem*; T. Ramon Fernandez op. cit. López Ramón: "La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos". Bolonia 1980.

¹⁸ L'exposició de motius de la LPIHE de 1985 diu que deriva "asimismo esta obligación de la creciente preocupación sobre esta materia por parte de la comunidad internacional, y de sus organismos representativos, la cual ha generado nuevos criterios para la protección y enriquecimiento de los bienes históricos y culturales, que se han traducido en Convenciones y recomendaciones, que España ha suscrito y observa, pero a las que su legislación interna no se adaptaba". Entre aquestes convencions, destaquen la Resolució de l'Unesco de 1962, la Recomenació del Consell d'Europa nº 365 y l'anomenada Carta de Venècia (1964).

¹⁹ Vid. art. 46 de la Constitució Espanyola.

²⁰ Els conflictes són constants. La mentalitat del Govern Central es pot veure definida pel fet, entre altres d'aplicar la Llei del Patrimoni Històric abans de la seva vigència, i abans de dictar-se el Reglament que permetia pagar els impostos en obres d'art, signant un conveni amb la família de Joan Miró pel cobrament dels impostos successoris en perjudici de la Comunitat Autònoma. Aquest fet il·legal, determinà un dictamen del Consell d'Estat que negava la legitimació de la Comunitat Autònoma per a impugnar el conveni, negant-li la condició de part interessada tot i tractant-se d'un impost transferit.

que no sien universals) hauria d'ésser matèria autonòmica. D'aquest quadre, se'n surt la llei del 1985 (art. 4) fent una interpretació del concepte d'expoli que va no sols contra el sentit gramatical de la paraula. El terme expoli no té gran tradició jurídica com ho prova que ni el clàssic Diccionari Eseriche, ni la més moderna Enciclopèdia Seix, en facin esment. En dret la paraula castellana "espolio", també admesa amb la grafia "expolio", designava el conjunts de bens de la mitra durant el període que el bisbat estava vacant entre la mort del prelat i la presa de possessió del seu successor. En el llenguatge militar "expolio" equivalia a "despojo o botín", per tant és obvi que l'ampliació que fa l'article quart de la LHE no és altra cosa que un intent de usurpar competències autonòmiques i no té un contingut jurídic ans polític.

Així, per molt que sia cert, i digne d'ésser ressaltat, que el legislador de 1985 volgué sistematitzar la matèria, no ho és menys que el tema ja venia formulat des de molt abans i no havia produït resultats visibles, i que la nova vessant del conflicte entre dret urbanístic i competència sectorial (tot i la seva executivitat autonòmica), no ha fet més que complicar les coses. El problema és que hi ha tantes solucions que no hom sap exactament a qual acudir. Tant la llei del Sòl de 1956 com la de 1975 preveïen solucions a la qüestió. Concretament, el T.S. en S. de 21 de desembre de 1974 havia dit que l'article 18 de l'antiga llei permetia que "los planes de ordenación urbana incorporen limitaciones y normas urbanísticas para la defensa del patrimonio artístico-histórico". Ho permetia i la doctrina ho reclamava com un l'objectiu prioritari. però l'estructura administrativa no semblava capaç de coordinar dos Ministeris diferents. I ara, arribada l'hora de les autonomies, la descoordinació no sols no minva ans s'incrementa.

Allò que Ramón Fernández ha anomenat "la dualidad de ordenamientos protectores y de órdenes competenciales", doncs, continua essent el gran problema, l'assignatura pendent.²¹ I ja, no sols, perquè com diu Martín Mateo "la legislación tuteladora de la riqueza monumental pueda resultar en algunos aspectos superada ante el afrontamiento total de las cuestiones conectadas con la ordenación urbana que realiza, ambiciosamente, la Ley del Suelo. (Raó per la qual) tanto desde el plano jurídico como desde el material surgen, pues, ciertas dudas, sobre la eficacia de las bien intencionadas medidas que se han venido adoptando en materia de tutela de conjuntos monumentales".²² No. El problema no és de superació de conceptes. El problema és d'aplicació de tècniques de definició totalment incompatibles, de criteris inconciliables, de valoracions que en un cas venen influïdes pel sentit de l'urgència i l'apreciació i valoració singular, i en l'altre tenen caràcter normatiu i reglat, i perquè, a fi de comptes, la legislació urbanística hauria de posar la bena abans que la ferida, i la legislació proteccionista només invoca la necessitat de la bena un cop té perfectament definida i declarada la ferida.

L'harmonització dels dos ordres normatius hauria d'haver vengut assegurada per la via de l'article 25 de la Llei del Sòl i els Plans Especials. La norma diu que "La protecció a que los Planes Especiales se refieren, cuando se trata de

²¹ T. Ramón Fernández loc. cit. pág. 27

²² Martín Mateo op.cit. págs 93-94

conservar o mejorar monumentos, jardines, parques naturales o paisajes, requerirá la inclusión de los mismos en catálogos aprobados por el Ministro de la Vivienda o la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de otros órganos o particulares". Però quan un pensa que un monument catalogat com la Fortalesa de l'Avançada ha estat declarat "zona verda" pel P.G.O.U de Pollença, a proposta de l'Ajuntament, silenci de la Comissió del Patrimoni i acord de la C.P.U., el calfred que sentim davant la inoperància de la norma es torna un sentiment de consternació. I això perquè és una violació essencial de la justificació teòrica del doble ordre normatiu. Aquest, segons expliquen Enterría i Ramón Fernández, te com a raó d'ésser d'uns conceptes, com el de la legislació urbanística, "independientes de los establecidos por la legislación sobre patrimonio artístico", precisament per la seva major amplitut i per considerar no tan sols la protecció dels immobles catalogats ans l'impacte ambiental i la influència d'aquells sobre el contorn²³. El que no té sentit, en canvi, és que degut a la major capacitat executiva de la legislació urbanística, aquests principis resultin invertits. I això quan ja el tribunal Suprem, en sentència de 22 de febrer de 1969, determinà que la protecció monumental "no limita los supuestos contemplables a la existencia o no de la declaración de monumento histórico-artístico, de catalogación del inmueble o de inclusión en planes determinados". Si la cosa falla, doncs, no serà per falta de principis. Si falla és per manca de rigor i un cas concret hom pot trobar-lo en la Disposició Novena, punt 2, tercera del R.D. 1471/1989, d'1 de desembre, que promulga el Reglament de la Llei de Costes. Aquest precepte, amb bona voluntat, anteposa els criteris de protecció monumental als de la Llei de Costes, però inexplicablement ho situa dins una sistemàtica referida al sòl urbà. Com sistematitzar la interpretació quan es barregen criteris urbanístics amb bens protegibles que estan al marge de la classificació del sòl?. ¿O el que es vol dir és que els monuments situats fora del sòl urbà —el Castell del Rei, la torre d'Ariany, la Fortalesa de l'Avançada— no son protegibles i resten afectats per la Llei de Costes?

La disputa doctrinal, tanmateix, s'ha establert entre els partidaris d'exigir la catalogació prèvia com a requisit per el mecanisme proteccionista (González Pérez subratlla el terme "requerirá" exigit per l'article 25 LS i sosté que això significa que la llei "concibe la inscripción como un requisito previo, como un presupuesto que legitima la acción interventora en cuanto se refiera a los elementos que concretamente enumera y no a ninguno otro", tot i que així "esta interpretación gramatical parece pugnar con el carácter instrumental del Catálogo", tesi que sembla abona almanco parcialment per la sentència del T.S. de 6 de novembre de 1973); i aquells altres que entenen que la catalogació és un element de referència però no pas una tècnica exloent que actüi (per usar paraules del citat González Pérez) "como un requisito previo para que pueda ejercerse la acción protectora". La disputa, en el terreny teòric s'ha resolt creant una figura nova, no per això aliena a la superioritat de la normativa urbanística sobre la proteccionista, com és la dels "inmobles integrants del patrimoni històric espanyol no declarats d'interés cultural"²⁴, respecte dels quals el Parlament introduí

²³ García de Enterría i Parejo Alfonso "Lecciones de Derecho Urbanístico", Madrid, 1981, pág. 230.

²⁴ González Pérez: "Comentarios a la ley del Suelo", edición de 1981, Tomo I págs. 290-293.

un nou article a la llei que no figurava en el projecte del Govern i que hauria de tenir efectes preventius en cas de dubte o perill. Diu aquest article: "El Organismo competente podrá ordenar la suspensión de las obras de demolición total o parcial o de cambio de uso de los inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural. Dicha suspensión podrá durar un máximo de seis meses, dentro de los cuales la Administración competente en materia de urbanismo deberá resolver sobre la procedencia de la aprobación inicial de un plan especial o de otras medidas de protección de las previstas en la legislación urbanística. Esta resolución, que deberá ser comunicada al Organismo que hubiera ordenado la suspensión, no impedirá el ejercicio de la potestad prevista en el artículo 37.2".

No cal dir que aquesta pretesa solució, improvisada com tantes a les que ens té acostumats la deficient tècnica legislativa dels darrers anys, només és un parxe calent. La subordinació de la protecció per la descura municipal ni per la violència que suposa tenir que suspendre obres que venen autoritzades en el planejament. Per altra banda, el reenviament normatiu entre la normativa del Patrimoni i l'urbanística és absurd. No es lògic dir que no es pot concedir la llicència municipal quan prèviament es necessiti autorització de la Comissió del Patrimoni (art 23 LPHA) i alhora mantenir que és el planejament el que preval i si un monument o conjunt no està catalogat no hi pugui haver cap altre eina més que la tècnica suspensiva que la de l'article 25. Per altra banda, aquest sistema òbvia dues qüestions essencials:

a) La inexistència d'un instrument que permeti actuar unitariament sobre un conjunt com ciutats i pobles que sense atènyer la categoria de Conjunts Històrics mereixen ésser protegits²⁵. Que en aquests casos només es pugui actuar immoble per immoble, o s'hagi d'iniciar l'expedient per fer una declaració de Bé d'Interés Cultural, demostra com el sistema de declaració prèvia no s'ajusta a les necessitats del moment, si bé, com hom veurà més endavant, dona un joc més ampli als organismes de l'Administració Autònoma.

b) Un altre és que el joc de remissions operat per la Disposició Transitòria Vuitena de la Llei del Patrimoni Històric a la Llei d'Espais Naturals Protegits (Llei 15/1975, de 2 de maig), fent que els "Paratges Pintorescos" tinguin una classificació transitòria com a Bens d'Interés Cultural en tant no sien reclassificats, demostra totalment la seva inoperància i fa que s'hagi d'abordar per vies indirectes allò que prèviament ja estava resolt per la normativa administrativa. És el cas, per exemple, de la relació entre el Decret de Protecció de la Serra de Tramontana i els Plans Generals de la zona, que s'han tramitat independentment, i que han exigít preparar un Catàleg d'Àrees Naturals en relació a zones que,

²⁵ Com observa Bassols Coma la intenció del Govern en associar la declaració de BIC a la protecció era centralitzar les competències i limitar les facultats autonòmiques. El tema fou molt criticat "por los partidarios de la ampliación de las competencias de las Comunidades autónomas" (Vid. García Escudero y B. Pendás García, pág. 166) i es resolgué, com quasi sempre, amb un compromís que desnaturalitza la declaració de BIC. Hom preferí el sistema obert a la creació de nous tipus classificatoris a dins l'article 14. El resultat, dubtós des de l'angle de la seguretat jurídica, suposa tanmateix una xarxa protectora envers la política de fets consumats.

des de la perspectiva jurídica, ja comptaven amb tots els elements de protecció pertinents.

La valoració que tot això mereix és al nostre parer clara. No es pot concebre que al protegir constitucionalment el patrimoni Històric la legislació urbanística predomini sobre la sectorial. Aquest predomini, afermat doctrinalment, pugna amb la interpretació jurisprudencial, per exemple la Sentència de la Sala 3^a del Tribunal Superm de 31 d'octubre de 1988, que assenyalava que "resulta infundada la tesis de que una eventual discrepancia entre ambos ordenamientos deba resolverse en favor de lo que diga la legislación urbanística", cosa que afegeix un altre punt de contradicció a tota la sistemàtica que venim glosant fins ara. Però és que encara menys hom ho podria permetre en una Comunitat com la nostra dins la qual la Catalogació Completa de tot el patrimoni immobiliari digne de protecció o ja està feta o es podria completar en unes poques setmanes. Dins tota la complexitat que suposa conciliar ordenaments jurídics diferents és obvi que els principis generals del sistema obligan a atorgar prevalència a la legislació sectorial, sobre la de caràcter general. I això, sia dit, malgrat l'aparent contradicció que suposa el fet que l'urbanisme sia una competència exclusiva de la Comunitat Autònoma i la Protecció del Patrimoni Cultural una competència compartida però respecte de la qual l'iniciativa legislativa correspon a l'Estat i només el desplegament a l'Administració Autònoma. En aquest estat de coses, es podria sostenir que l'esquema és tan imperfecte que si la legislació sectorial hauria de predominar teòricament sobre els instruments urbanístics, donat el cas d'una Comunitat Autònoma que volgués resoldre els problemes del seu patrimoni artístic per la via legislativa i en base a les competències urbanístiques, la legislació sectorial de l'Estat constituiria un obstacle a tals desitjos. O el que es el mateix: s'ha establert un orde de prevalència antitètic amb el caràcter bàsic i de desplegament constitucional de la legislació i que és impossible de casar perquè, al cap i a la fi, des de l'angle que sia, o pateix la lògica jurídica o pateix la jerarquia normativa, o la distribució de competències que vé constitucionalitzada en els arts 148.2 (urbanisme i ordenació del territori = competència autonòmica) i la defensa del patrimoni cultural, artístic i monumental espanyol enumerada a l'art. 149.28 de la C.E. (defensa del patrimoni = competència estatal de gestió parcial a través de la fórmula "sin perjuicio", de les Comunitats Autònomes²⁶.

Tot això al marge del tema de la defensa contra l'exportació i l'expoliació a que m'he referit més enrera atenint-me al peu de la lletra de l'article 149.29 de la pròpia Constitució. Perquè com insinuava la Constitució és tan confusa en aquesta matèria que parla d'un patrimoni monumental d'interès per a la Comunitat Autònoma art. 148.16, que aleshores seria competència autonòmica, i un patrimoni espanyol, com si el que fos d'interès per a una Comunitat com les Illes Balears no pogués ésser espanyol i el que és patrimoni espanyol no pogués ésser d'interès per a la Comunitat Autònoma pel fet elemental d'estar residenciat al seu territori. Tot això no fa més que complicar la tradicional pugna

²⁶ Ramón Fernández, op. cit. pág. 36.

entre les dues legislacions, marcant un pla d'interferència entre els presumptes interessos autonòmics i espanyol. Tema que es mou molt més en el pla polític, perquè en el terreny jurídic el que és innegable és que els administrativistes –en especial els estudiosos del Dret Urbanístic– sempre han postulat, com diu Ramón Fernández que “Dígase lo que se diga, no puede haber protección del patrimonio monumental fuera del marco de la planificación urbanística porque, incluso un monumento aislado es parte de un conjunto vivo que hay que ordenar en su totalidad”²⁷.

4. ANÀLISI DE LES PRINCIPALS TÈCNiques D'INTERVENCIÓ

Dit això, podem estrar a examinar les principals tècniques d'intervenció que dibuixa la Llei del Patrimoni Històric Espanyol. No totes aquestes tècniques, certament, poden ésser qualificades estrictament de proteccionistes. una gran part d'elles –que podrien qualificar eufemísticament de *nacionalistes-nacionalitzadores*– el que pretenen en realitat és evitar l'exportació dels bens culturals o assegurar-ne la compra per part de l'Administració. L'experiència històrica (l'exportació als USA de castells i claustres romànics) ha duit l'afany de conservar el patrimoni cultural a donar una important i plausible passa endavant com és la inseparabilitat d'un immoble del seu original (art. 18 LPHE) si be amb una dispensa prou àmplia per considerar els casos imprescindibles de força major o interès social (casos relativament freqüents a causa de les grans infraestructures públiques com autopistes i pantans). Un altre capítol –que es el que es correspon amb l'apartat de *beneficis i càrregues*– es desplega en el conjunt de deures que recauen sobre els propietaris de bens protegits i en les eventuals contraprestacions de caràcter tributari o en les ajudes econòmiques que teòricament han de contribuir a la conservació dels bens esmentats. Tot aquest conjunt de tècniques, amén d'ésser molt similar sobre el paper en totes les legislacions estatals i de plantejar si les fronteres regiran com fins ara en un mercat obert com és la Comunitat Europea, assumpte que tothom pretén defugir²⁸, escapen

²⁷ Respecte el primer dels temes al·ludits, seguint els estudis de José Miguel Merino de Cáceres, el suplement dominical de “El día 16, nº 44, 11 de febrer de 1990) publicava una llista impressionant dels principals monuments espanyols exportats a l'estranger. Aquesta llista inclou des del castell de Vélez Málaga, o el de Benavente, fins a monestirs complets com el de Sacramenia, el de San Pedro de Alcántara o el de Sahagún, esglésies com la de San Pedro de Alcántara o palaus com el dels Comtes de Centelles d'Oliva (València). Un cas que ens afecta a nosaltres és el del Palau d'Aiamans, de Palma, exportat als Estats Units l'any 1927. El pati i els artesonats tenen actualment un destí desconegut. Quant a la segona qüestió, l'art. 36 del Tractat de creació de la Comunitat Econòmica Europea, exclou de la lliure circulació de mercaderies regulades als arts. 30 a 34, i entre altres, “les prohibicions o restriccions a la importació, exportació o trànsit justificades per raó de... protecció del patrimoni artístic, històric o arqueològic nacional...” Tanmateix, l'Acta Unica, imaginat el camí cap a una Europa sense fronteres, tracta els bens històrics exactament igual que les altres coses que es compren i es venen. Des de cert punt de vista no té lògica prohibir que una escultura de Mallorca pugui anar de Perpinyà a Bretanya i no a Barcelona. Els governs d'Espanya, Itàlia i França ja han posat en marxa una estratègia nacionalista per evitar que els seus tresors culturals puguin ésser adquirits pel que en el llenguatge de Racionero n'hauriem de dir “els bàrbars del Nord”.

²⁸ Vid. més enrera & 23. Op. cit. pág. 166.

a l'àmbit de la singularitat sectorial que pretenim acotar. Centram la nostra observació, doncs, en els següents instruments:

4.1.- *La definició legal, les tècniques de classificació i la declaració d'interés cultural.*

El nostre sistema legal parteix (arts 14 a 24 de la LPHE) de la definició d'una sèrie d'immobles (concepte que s'estén d'una manera molt àmplia a tots els elements units *consustancialment* als immobles, per exemple el cas dels orgues e instruments musicals similar a que fa referència el Reial Decret 782/1980) i que son definit per la Llei segons una sèrie de característiques que permet la seva integració en un d'aquests grups:

- monuments
- jardins històrics
- conjunts històrics
- llocs (*sitios*) històrics
- zona arqueològica
- paratges pintorescos

Cadascuna d'aquestes categories d'immobles troba la seva definició més o menys exacta a la LPHE. Aquestes definicions integren el que s'anomena correntment la "*classificació complementària*". Benítez de Lugo diu que "no puede existir un inmueble de interés cultural sin figurar clasificado en alguna de estas modalidades"²⁹. I certament donada l'amplitud en que la llei manipula les categories artístiques (per exemples l'equiparació de les escultures "colossals" (sic) als monuments hom pot dir que malgrat la deficiència tècnica de les distintes definicions més o menys tots els immobles dignes de protecció entren a un o altre rengló de la llei.

La definició legal, així es converteix en un presupost que determina la eventualitat d'una declaració d'interés cultural. El fet que aquesta definició s'hagi produït o no és realment indiferent perquè no determina la inclusió o no en el Patrimoni Històric. L'única cosa que fa és que en teoria (art.9) "Gaudeixen de singular protecció i tutela els bens integrats del Patrimoni Històric Espanyol declarats d'interés cultural per ministeri d'aquesta llei o mitjançant Reial Decret de forma individualitzada". Per tant quasevol immoble i objecte d'interés artístics, històric, paleontològic, arqueològic, etnogràfic, científic o tècnic (art. 1.2) integra per ministeri de la llei el Patrimoni Històric. La declaració d'interés cultural –amb el subsegüent expedient– és un element accidental. La capacitat de l'Administració per intervenir en els casos de demolició o obra de modificació o canvi d'ús d'un immoble és independent de la seva definició o no com a bé d'interés cultural (vegi's art. 37 LPHE). Opera, així, per entendre'ns, una dinàmica oberta, que permet integrar en l'apreciació social aquells bens que la valoració del moment determini, i una ampliació progressiva de l'abast protector que permet ajustar permanentment els expedients de declaració d'interés cul-

²⁹ Vid. una completa síntesi jurisprudencial al treball de Benit de Lugo ja citat. págs. 204-212.

tural al sentir de la ciutadania i a la sensibilitat històrica. Ja Martín Mateo s'havia referit fa molts d'anys a "la tendencia expansiva del concepto monumental y los inconvenientes que ello supone en la práctica a la hora de delimitar las áreas y perímetros de los conjuntos histórico-artísticos protegibles y de los sectores paisajísticos y pintorescos de interés, lo que además, y con relación a los inmuebles comprendidos en los mismos, sin individualización de su importancia monumental, puede pugnar con las técnicas de seguridad jurídica que tanto la calificación como la catalogación suponen" (op. cit. pág. 78). Com hem assenyalat més enrera, l'equació declaració d'interès cultural = aplicació de la llei de protecció fou destruïda pel Parlament en afegir l'article 25 que no figurava a la proposta del Govern. De fet, així, la declaració d'interès cultural opera més com un mecanisme de prevenció (degut a les tècniques de suspensió cautelar que suposa la iniciació de l'expedient) que no pas com una garantia dels objectius finals perseguits pel legislador. En últim extrem, tanmateix, la declaració com a bé d'interès cultural implica una conseqüència important: la prohibició d'ésser sotmesos a cap tractament (és a dir a cap tipus de modificació) sense l'autorització dels Organismes competents per a l'execució de la llei (art. 39). Segons l'article 23 de la pròpia llei aquesta autorització és prèvia a qualsevol tipus de llicència d'obres. Igual que implica el deure de conservació, obre la possibilitat d'expropiació etc. Aquesta sistemàtica oberta és posiblement positiva des de la perspectiva sectorial que la LPHE afronta. Però és més discutible que permeti el mínim de seguretat jurídica per a garantir la protecció penal contra els atemptats al patrimoni històric que demana la Constitució. Molts penalistes són partidaris que la interpretació del Codi Penal es faci acudint a la legislació sectorial. Però això és impossible si aquesta en comptes de tipificar clarament els bens protegits deixa una zona oberta i sotmesa a un criteri reinterpretatiu. Com que el tema serà objecte d'una comunicació especial in-sinem només el problema.

4.3.- *La protecció monumental per la via dels Plans d'Ordenació Urbana.*

Una de les novetats més importants de la LPHE és la continguda a l'article 20 que diu literalment:

1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general.

2. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios

que sean aptos para ello. Igualmente contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas.

3. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones.

4. Desde la aprobación definitiva del Plan a que se refiere este artículo, los Ayuntamientos interesados serán competentes para autorizar directamente las obras que desarrollen el planeamiento aprobado y que afecten únicamente a inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos ni estén comprendidos en su entorno, debiendo dar cuenta a la Administración competente para la ejecución de esta Ley de las autorizaciones o licencias concedidas en el plazo máximo de diez días desde su otorgamiento. Las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al Plan aprobado serán ilegales y la Administración con cargo al Organismo que hubiera otorgado la licencia en cuestión, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística sobre las responsabilidades por infracciones”.

La cita resultava extensament obligada. Perquè aquest article 20 –completat com veurem per l'article següent de la Llei– és l'esforç més important que s'ha fet fins ara per reconduir la legislació proteccionista a l'àmbit del planejament urbanístic. fet i fet, l'esquema contempla que acte seguit de la declaració d'un Conjunt Històric, Lloc Històric o Zona Arqueològica com a BIC (s'inclouen doncs els Monuments individualitzats o els Jardins) existeix:

a) L'obligació de traduir la protecció a un Pla Especial o integrar-la en els altres instruments de planejament existents (Pla General o Normes Subsidiàries) establint els usos públics, les àrees de rehabilitació i les normes de conservació de façanes i cobertes i instal·lacions sobre les mateixes.

b) L'exigència que l'aprovació del Pla en qüestió tengui prèviament l'aquiescència dels organismes gestors de la protecció històrico-artística.

c) L'exigència que entretant no s'aprovi aquest Pla l'execució de qualsevol tipus de llicència resti així mateix condicionada a la prèvia resolució favorablement dels organismes esmentats.

d) La prohibició fins a l'aprovació del Pla que es facin noves alineacions, alteracions d'edificabilitat, parcelacions o agregacions.

Aquest règim singular completa i harmonitza amb el contingut de l'article 18 de la Llei del Sòl. Aquest article diu que “La conservación y valoración del Patrimonio histórico y artístico de la Nación y bellezas naturales, en cuanto objeto de planeamiento especial, abarcará, entre otros, estos aspectos:

a) Elementos naturales y urbanos cuyo conjunto contribuye a caracterizar el panorama.

b) Plazas, calles y edificios de interés.

c) Jardines de carácter histórico, artístico o botánico.

d) Realce de construcciones significativas.

e) Composición y detalle de los edificios situados en emplazamientos que deban ser objeto de medidas especiales de protección.

f) "Uso y destino de edificaciones antiguas y modernas". No cal fixar-s'hi massa per veure que els conceptes que manegen un i altre cos legal no són totalment coincidents. De totes maneres, les diferències no son significatives. L'essencial és el canvi d'iniciativa. Els Plans Especials que a aquest efecte contempla la Llei del Sòl era una derivació del contingut del Plans Generals o Normes Subsidiàries, (art. 17 LS). Ara, en canvi, és la declaració com a BIC la que imposa la necessitat de dictar un instrument de planejament urbanístic ajustat a la declaració ho digni o no el Pla General o el seu equivalent.

Això, com és lògic, altera la jerarquia normativa del planejament. Aquest Pla Especial no és, per lògica, el desplegament del Pla General o de les Normes Subsidiàries. Igual que s'ha dit dels Plans Especials de Reforma Interior³⁰ "implica un règim excepcional per a una part del territori", de forma que tant pot succeir que desenvolupi les previsions del Pla General com que es vegi obligat a alterarles. La declaració de BIC implica una modificació del règim urbanístic dels immobles afectats. De tal manera que obliga a que el planejament s'adapti a la decisió administrativa de protecció i això és perfectament possible que esdevinga d'acord amb el mateix sistema estudiat per Argullol, o sia, per efecte d'una norma posterior d'inferior jerarquia –el Pla Especial– que modifica la normativa superior, anterior i més extensa –el Pla General– dins l'àmbit espacial en el qual els dos ordenaments coincideixen. això és anormal però coherent. Com ho és, a fi de comptes, que la declaració d'un conjunt com a BIC immobilitzi la capacitat innovadora de les normes futures. Per tant un Pla General, més endavant, no podrà modificar aquelles prescripcions incloses en un Pla Especial promulgat com a conseqüència del mandat contingut a l'article 20 de la LPHE. Es obvi, doncs, que estem en presència d'una doble excepció al principi d'ordenació escalonada del planejament. Però no creim que després de la proliferació de Plans Especials per a protegir Espais Naturals (que tampoc no guarden cap relació amb el Pla Provincial ni amb els Plans Generals Municipals) hi hagi massa motius per escandalitzar-se davant aquesta nova transgressió del principi raonable de jerarquia normativa del planejament.

Quant a la resta de la temàtica referent a tals Plans Especials –exclosa la iniciativa que ve imposada per llei– la resta de la tramitació s'haurà de subjectar al procediment establert a la Llei del Sòl per aquesta categoria d'instruments sectorials. Amb la peculiaritat, tanmateix, que la iniciativa podria –i de vegades hauria– d'ésser individual segons els termes de la Sentència ja esmentada de 31 d'octubre de 1988 que tot recordant els termes de l'article 52.1 de la Llei del Sòl, diu que "no puede transferirse a la Administración una carga que el interesado puede afrontar". Amb la qual cosa, segons el Tribunal Suprem, la formació del Pla Especial d'iniciativa particular seria fins i tot un requisit per a la possible indemnització del particular afectat per la protecció i catalogació.

³⁰ Vid. Enrique Argullol Morgadas "Los planes especiales de Reforma Interior como ley especial o excepcional", dins "Estudios de Derecho Urbanístico". INAL. Madrid 1984, pág. 115 y ss.