

LA DESCLASIFICACIÓN DE BIENES CULTURALES. PÉRDIDA DE VALORES, ERROR O DESVIACIÓN DE PODER^(*)^(**)

BLANCA SORO MATEO

SUMARIO: I. POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.– II. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL COMO POTESTAD DEBER Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: 1. Los principios inspiradores de la actuación administrativa en el ámbito de la protección del patrimonio cultural: precaución, prevención, no regresión y responsabilidad. 2. El alcance de la potestad deber de protección del patrimonio cultural: una discrecionalidad limitada por la presencia del valor cultural. 3. La formación del acto administrativo de declaración de bienes culturales: procedimientos de declaración de bienes culturales y discrecionalidad sobre la presencia de valor cultural: A) La formación del acto administrativo de declaración: problemática jurídica. B) Una propuesta: la necesidad de elaboración de inventarios de categorías de bienes culturales, de formulación normativa de criterios sobre el valor cultural de los bienes y la democratización del patrimonio cultural.– III. EL PROCEDIMIENTO INVERSO A LA DECLARACIÓN DE BIENES CULTURALES: 1. Antecedentes: la desprotección del patrimonio natural: A) El tratamiento de la desprotección de espacios naturales por la normativa básica estatal. B) La regulación autonómica de la descatalogación de espacios naturales. C) Nuestra propuesta: la instauración de una reserva de Administración para la clasificación y desclasificación de espacios naturales. 2. El control de la desclasificación de los bienes integrantes del patrimonio cultural: pérdida de valores, error y desviación de poder.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El estudio aborda la problemática jurídica que plantea la desprotección de bienes culturales, la formación del acto de declaración así como las posibilidades de control de la desprotección de bienes culturales previamente protegidos.

Palabras clave: bienes de interés cultural; desprotección del patrimonio cultural; control de la desclasificación de bienes de interés cultural; procedimiento de declaración de bienes de interés cultural.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 19 de noviembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de marzo de 2013.

(**) La presente publicación se realiza en el marco del Proyecto 11880/PHCS/09 financiado con cargo a la convocatoria «Ayudas a la realización de proyectos de investigación en Humanidades y Ciencias Sociales» —integrada en el programa Séneca 2009— (2010-2013).

ABSTRACT: The study approaches the legal problematic of desprotection law cultural heritage and the possibilities of control the desprotection cultural heritage protected

Key words: cultural heritage; legal problematic of desprotection cultural heritage; control desprotection law cultural heritage.

I. POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Hablar en nuestro sistema jurídico español de protección o desprotección del patrimonio cultural nos obliga a partir del art. 46 de nuestro Texto Constitucional, según el cual «*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra el patrimonio*». Dicho precepto se sitúa entre los denominados principios rectores de la política social y económica, de modo que será el legislador, estatal o autonómico, el que precisará su alcance, en la medida en que se trata de una materia compartida normativamente entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Dicho lo anterior, y antes de adentrarnos en el análisis de la compleja cuestión objeto de análisis, resulta necesario al menos de modo esquemático, aludir al diseño competencial en la materia instaurado por la Constitución y desarrollado posteriormente por los propios Estatutos de Autonomía, así como a las diversas insuficiencias detectadas en la primera norma estatal postconstitucional sobre patrimonio cultural, entre las que se encuentra el silencio respecto a la descatalogación de bienes culturales que será objeto de estudio seguidamente.

En relación a la primera de estas cuestiones, y por lo que hace al Estado, éste ostenta competencia exclusiva sobre la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la exportación y expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.28° CE). Además, el art. 149.2 de la CE, como complemento del anterior, establece que el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas. Por su parte, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre patrimonio monumental de interés para las mismas (art. 148.1.16° CE) y sobre Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma (art. 148.1.15° CE). Asimismo, en los términos de los arts. 143 y 151, y en virtud del art. 149.3, las materias no atribuidas expresamente al Estado, como es de sobra conocido, podrán corresponder a las Comunidades Autónomas de conformidad con los correspondientes Estatutos de Autonomía (1).

(1) ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ed. Ministerio de Cultura, Tomo II, 1994, pp. 656 a 660. Cfr., BALLARÍN IRIBARREN, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, número 3, (1999), p. 220.

Bajo el manto de todos estos preceptos y con fundamento expreso en los arts. 149.1.28º y 149.1.1º de la CE, según interpretó nuestro TC (2), el legislador estatal dictó hace cerca de treinta años la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, modificada en diversas ocasiones y parcialmente desarrollada por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero. No nos vamos a detener demasiado en el análisis de la cuestión competencial, pero sí resaltaremos, al menos algunos de los más importantes aspectos abordados por la STC 17/1991, de 31 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra esta norma. Esta STC 17/1991, aunque no llega a declarar inconstitucional ninguno de los preceptos de la Ley 16/1985, lleva a cabo una interpretación de sus arts. 2.3, 9.1 y 49.5 de gran importancia, considerando que el art. 9 ha de ser entendido en el sentido de que son las Comunidades Autónomas las instancias competentes para declarar bienes de interés cultural, categoría de protección más importante que prevé la norma. Así, declara constitucional dicho precepto, que atribuía al Estado la competencia para declarar los bienes de interés cultural, siempre que sea leído en el sentido de que esta competencia le corresponde a las Comunidades Autónomas. Se afirma, y esto es lo importante, lo cual se deduce de la interpretación literal del art.149.1.28º de la CE, que las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre patrimonio cultural, siempre que no invadan las competencias atribuidas constitucionalmente en exclusiva al Estado que, si recordamos, solo se refiere a la defensa del patrimonio cultural frente a la exportación y expoliación.

Dicho lo anterior, y para contextualizar la problemática que abordaremos seguidamente, nos referiremos también de modo previo a diversos problemas destacados en la aplicación de la normativa estatal sobre patrimonio cultural y a ciertas insuficiencias materiales y formales que la misma ha presentado. En primer lugar, y por lo que se refiere a su objeto, la Ley 16/1985, de Patrimonio

(2) La paradigmática STC 17/1991, de 31 de enero declaró constitucional hace ya más de veinte años la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, en su totalidad. Se trata de una resolución interpretativa que compatibiliza el contenido de dicha Ley con la competencia exclusiva que las Comunidades Autónomas ostentan en esta materia. Por otra parte, y de conformidad con la Constitución, así lo entendió también la STC 49/1984, en la medida que el art. 149.2 de la CE permite al Estado legislar sobre la preservación del patrimonio cultural común, sobre los aspectos que precisen tratamientos generales y definición unitaria. Más recientemente, también la STC 71/1997 afirma con rotundidad que corresponde al Estado la preservación del patrimonio cultural común, así como lo que precise de tratamientos generales o que no pueda lograrse desde otras instancias, pudiendo desempeñar también una actividad genérica de fomento y apoyo a las diversas manifestaciones culturales.

A estas tres Sentencias habría que añadir la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, que afirma la constitucionalidad del art. 127.1 del Estatuto catalán de 2006, sobre el que considera que es constitucional si se hace una interpretación conforme, esto es, sin enervar las competencias concurrentes del Estado contempladas en el art. 149.2 CE. *Vid.*, sobre esta cuestión, CARRASCO I NUALART, R., «Competencia en materia de cultura», *Revista catalana de dret públic*, num. extra 1 (Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), pp. 322-327.

Histórico español sólo se refiere a los bienes muebles e inmuebles, de forma que no daba cabida a la protección del patrimonio cultural inmaterial. Otra laguna destacable se concreta en el silencio que guardaba la Ley sobre el denominado interés industrial como valor de naturaleza cultural, lo que había dificultado durante años la protección de bienes de este carácter que en cambio carecieran de valor técnico o científico, valores sí contemplados por la norma. En tercer lugar, no confería la importancia que se merece al patrimonio paleontológico, aludiendo sólo al valor paleontológico, pero sin dispensar un tratamiento singular a las actuaciones paleontológicas que, no cabe duda, necesitaban de una ordenación, al igual que las actuaciones arqueológicas.

En cuanto a las insuficiencias formales, pueden ser destacadas tres de ellas. En primer lugar, en la regulación del procedimiento de declaración de bienes de interés cultural, se mantenía la denominada denuncia de mora previa a la caducidad del procedimiento, que desaparece, como es sabido, a partir de la LRJPAC. Y, por otra parte, una vez caducado el expediente, la ley prohibía volver a iniciarlo en los tres años siguientes, salvo a instancia del particular, prohibición que en la práctica ha perjudicado la protección del patrimonio cultural, como fácilmente puede colegirse. Es cierto que la duración del procedimiento resulta muy dilatada según la Ley estatal (veinte meses), pero ello se encuentra plenamente justificado, en la medida en que en la mayor parte de los casos resultaba imposible localizar a todos los propietarios afectados, sobre todo en el mundo rural, y tramitar en plazo el procedimiento de declaración (3). Finalmente, y esta es la cuestión angular de nuestro estudio, la Ley 16/1985 guardaba silencio sobre el procedimiento para dejar sin efecto la declaración de los bienes de interés cultural. En fin, éstas y otras insuficiencias detectadas, así como la aún hoy controvertida cuestión competencial antes aludida, han motivado el progresivo dictado de leyes autonómicas sobre patrimonio cultural (4), pudiéndose afirmar a día de hoy que todas las Comunidades Autónomas cuentan con su Ley propia (5).

(3) Al servicio de estos problemas es verdad que se encuentra la posibilidad legal de suspensión del procedimiento, pero a pesar de ello, en mi opinión, no existen razones suficientes para hacer alzaprimar los intereses particulares de los eventuales titulares de derechos reales sobre el bien sobre el interés general de protección del patrimonio cultural.

(4) Las Comunidades Autónomas, en sus respectivas leyes, mantienen plazos muy dilatados por la común y general dificultad que plantea la tramitación de estos procedimientos de declaración de bienes culturales. Así, la Ley vasca 7/1990, Ley castellanomanchega, 4/1990, Ley andaluza 1/1991, Ley catalana 9/1993, Ley gallega 8/1995, Ley aragonesa 12/1997, Ley balear 12/1998, Ley madrileña 10/1998, Ley cántabra 11/1998, Ley valenciana 4/1998, Ley canaria 4/1999, Ley extremeña 2/1998, Ley asturiana 1/2001, Ley castellanoleonesea 12/2002, Ley riojana 7/2004, Ley navarra 14/2005 y Ley murciana 4/2007.

(5) La mayor parte de estas normas autonómicas no se refieren ya al *patrimonio histórico* sino al *patrimonio cultural*, concepto más ajustado a la amplitud de los valores que definen el patrimonio que constituye su objeto, cuya naturaleza no se agota en lo puramente histórico o artístico. De este modo, se tienen en cuenta las nuevas arquitecturas y se acoge la tradición jurídica de la legislación

El objetivo común de estas normas autonómicas sobre protección del patrimonio cultural ha consistido en conferir una cumplida respuesta a las necesidades que presenta la protección de este cualificado patrimonio, superando las insuficiencias del marco legal estatal hasta entonces vigente y adecuando el régimen jurídico del patrimonio cultural a las necesidades actuales. En la mayor parte de los casos, podemos destacar la frecuente reproducción de algunos de los postulados de la Ley estatal. Y no se trata, en este caso, de la habitual práctica seguida en relación con materias sobre las que el constituyente se ha servido de la técnica bases más desarrollo para articular las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, supuestos en los que estas últimas, al efectuar el desarrollo, tienden a reproducir las bases (6). El caso que nos ocupa es bien distinto, pues estas normas autonómicas sobre patrimonio cultural no se ocupan de desarrollar unas bases estatales, sino que encuentran su encuadre constitucional en los arts. 148.1.15º y 16º y 149.1. 28º de la CE, además de en los correspondientes preceptos de los Estatutos de Autonomía. A la luz de dichos preceptos, y teniendo en cuenta que el legislador estatal carece de título competencial al respecto, excepción hecha de las posibilidades normativas ex art. 149.2 de la CE, todas las Comunidades Autónomas a día de hoy ostentan la competencia exclusiva, salvo en los aspectos a que alude el art. 149.1.28º de la CE (exportación y expoliación), en materia de patrimonio cultural, de forma que la Ley estatal queda desplazada a partir del momento en que han ido entrando en vigor estas normas autonómicas (7).

española actual, las nuevas tendencias, así como la denominación empleada por diversos protocolos y convenios internacionales, como la Convención de la Haya sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1974), la Convención de París sobre medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales (1970) y la Convención de París para la protección del patrimonio natural y cultural (1972). Además, el vocablo cultural indica el carácter complementario de esta Ley con respecto a la normativa sobre patrimonio natural.

(6) Se trata, por lo demás, de un modo ciertamente frecuente y sintomático de ejercicio de competencias por parte de ciertas Comunidades Autónomas y, en consecuencia, de una técnica de escasa operatividad. Resulta más razonable y útil acudir, en estos casos, a la técnica de la remisión que, aunque igualmente innecesaria, resultaría a todas luces más económica y formalmente más respetuosa. Además, y es lo relevante a estos efectos, el propio TC ha tachado de inconstitucional este modo de operar reproductivo de las bases estatales por parte de las Comunidades Autónomas.

(7) Es cierto que las Comunidades Autónomas no tenían por qué dismantelar el régimen jurídico existente, a no ser que las técnicas de intervención previstas se hubieran mostrado inoperantes e inadecuadas en orden a la ordenación del sector cultural. Hay que tener en cuenta que en el ejercicio de las competencias autonómicas, no se trata necesariamente de innovar *in toto*, sino de, tras la experiencia adquirida con la aplicación de la Ley estatal —que de acuerdo con la doctrina constitucional se excedió competencialmente, salvo en lo que se refiere a competencias exclusivas del Estado derivadas del art. 149.1 de la CE—, adecuarla a la realidad autonómica, aprovechando la regulación de aquella en lo que resulte conveniente, así como la interpretación que de dichos preceptos ha llevado a cabo la doctrina administrativista y la jurisprudencia. No se trata, pues, de una reproducción del contenido de la norma estatal, cuestión que constituye una clara expresión del

Por otra parte, estas normas autonómicas, por lo general, ponen a disposición de las Administraciones Públicas competentes distintos grados de protección de los bienes culturales que se corresponden con las categorías de bienes de interés cultural, bienes catalogados por su relevancia cultural y bienes inventariados, creando además nuevas categorías de bienes inmuebles de interés cultural como las zonas paleontológicas y los lugares de interés etnográfico y posibilitando la vinculación de bienes muebles e inmuebles a los bienes inmateriales. De este modo, se regulan expresamente los distintos procedimientos de clasificación de los bienes culturales de acuerdo con los postulados básicos previstos en el Título VI de la LRJPAC y se crean en ciertas Comunidades Autónomas los denominados Planes de Ordenación Cultural (8).

Para concluir el presente epígrafe introductorio sobre postulados constitucionales de la protección del patrimonio cultural, y en relación con el objeto angular del presente estudio, resulta obligado determinar el alcance de la obligación que se deriva del art. 46 de la CE para los poderes públicos, para descubrir si en materia cultural podríamos considerar que queda ampliado el sistema de Responsabilidad de las Administraciones Públicas al que se refiere el art. 106.2

caótico modo de legislar llevado a cabo por ciertas Comunidades Autónomas que, al reproducir las bases estatales, conculcan aunque sólo sea formalmente el orden constitucional de competencias, sino de ejercer una competencia exclusiva, a la luz de una preexistente norma estatal.

(8) Queremos dejar constancia de que el deber constitucional y legal que corresponde a las Administraciones Públicas en relación con conservación y acrecentamiento del patrimonio cultural debe partir de una planificación de éste, del mismo modo que la ordenación racional del suelo ha de partir de un previo instrumento de planeamiento urbanístico. La virtualidad y beneficios que a la ordenación de un objeto comporta la planificación es sin duda la racionalidad de ésta, que implicará la observancia de otros objetos relevantes e indesdeñables distintos del bien u objeto que se planifica. Así, BETANCOR RODRÍGUEZ ha destacado, en este sentido, el esfuerzo racionalizador que en relación con el conflicto desarrollo-naturaleza comporta la actividad planificadora, en BETANCOR RODRÍGUEZ A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p. 856. En relación con ello, y teniendo en cuenta la problemática de gestión que, por ejemplo, plantean los denominados parques arqueológicos y la enorme extensión que en ocasiones afecta a los estratos geológicos de interés paleontológico, es aconsejable también en el ámbito de la preservación de los bienes culturales generar figuras de ordenación adecuadas para su protección. Entendiendo que las medidas de protección tradicionales, y que se aplican a los bienes que pertenecen a la categoría de interés cultural, establecen un régimen jurídico singular de protección y tutela que sería demasiado rígido para todas estas zonas, como señalamos en el texto, ciertas Comunidades Autónomas han creado un instrumento planificador más adecuado y flexible, pero que a su vez dota a las zonas afectadas de una protección jurídica adecuada. Se trata de los denominados los Planes de Ordenación Cultural. La finalidad de dichos planes se concreta en la preservación de los valores culturales de los parques arqueológicos, de los parques paleontológicos y de los paisajes culturales, para facilitar su estudio y garantizar su disfrute por parte de las generaciones presentes y futuras. Una de las virtualidades de estos planes se concreta, como en el caso de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales hoy regulados en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, en su naturaleza prevalente, en la medida en que sus determinaciones constituirán un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial preexistentes. En este sentido, pueden contrastarse los arts. 61-64 de la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.

de la CE, cuando por acción u omisión se producen daños a los bienes culturales. En este sentido, será imprescindible determinar el alcance de la discrecionalidad que ostenta la Administración a la hora de decidir sobre eventual protección y sólo después de esta operación nos encontraremos en condiciones de conocer la actuación que es posible someter a control. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes, de modo que baste, por ahora, adelantar que nuestros tribunales han reconocido un amplio margen de discrecionalidad a las Administraciones Públicas como consecuencia del carácter técnico, especializado y multidisciplinar de cualquier decisión sobre el patrimonio cultural, sea su protección, sea la autorización de su restauración, traslado o intervención. Veremos que los criterios técnicos de intervención que tuvieron entrada en el art. 39 de la Ley estatal van a ser aplicados como parámetro de control de la discrecionalidad técnica referida a intervenciones que afectan a bienes de interés cultural (9). En cambio, no se han formulado criterios que puedan funcionar como parámetros de control de la discrecionalidad en la clasificación de bienes culturales y, en su caso, en su desprotección.

II. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL COMO POTESTAD DEBER Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

1. Los principios inspiradores de la actuación administrativa en el ámbito de la protección del patrimonio cultural: precaución, prevención, no regresión y responsabilidad

Antes de abordar la necesidad de formular criterios que nos sirvan para la reducción del margen de discrecionalidad con el que cuentan las Administraciones competentes en el ámbito de la protección del patrimonio cultural, resulta importante traer a colación los que consideramos son los principios de deben inspirar la actuación de las potestades de los poderes públicos en este ámbito: prevención, precaución, no regresión y responsabilidad.

Por lo que hace al primero de ellos, la dimensión funcional o finalista de la potestad deber de proteger el patrimonio cultural va a fundamentar la incorporación a las normas sobre protección del patrimonio cultural de instrumentos preventivos que adelanten los efectos de la protección a momentos incluso anteriores a la decisión sobre la presencia de valores culturales. En este sentido, a la vista de la normativa vigente, puede constatarse el incipiente reconocimiento legal de

(9) Vid., sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J. «Una palabra más sobre el Teatro Romano de Sagunto: los límites de la discrecionalidad técnica en la intervención sobre bienes culturales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 2007, pp. 399 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, C., «La intervención en los bienes del patrimonio histórico. La interpretación del art. 39.2 de la ley de patrimonio histórico español por la Sentencia del tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del proyecto de restauración y rehabilitación del teatro romano de Sagunto», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, pp. 313-324.

la posibilidad de adoptar medidas provisionales con anterioridad a la iniciación de los procedimientos de declaración de bienes culturales, de conformidad con el art. 72 de la LRJPAC (10). Asimismo, resulta común, y así lo dispuso el art. 11.1 de la Ley estatal 16/1985, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes ya declarados a partir de la incoación del expediente de declaración de bienes culturales, previsión que reproducen, con variado alcance, las normas autonómicas que lo desplazan (11).

Otras manifestaciones de este principio preventivo en el ámbito de la protección del patrimonio cultural pueden encontrarse en algunas normas de contenido predominantemente ambiental. Así, el legislador, consciente de la virtualidad de las técnicas preventivas de intervención ambiental en orden al conocimiento, estudio y protección del patrimonio cultural establece la obligación de que el órgano ambiental recabe informe preceptivo y vinculante del órgano con competencias en materia de patrimonio cultural con carácter previo a la emisión de la *declaración de impacto ambiental* o con carácter previo al otorgamiento de la *autorización ambiental integrada de actividades, obras, proyectos, planes o programas que afecten al territorio* (12).

(10) Dispone el precepto lo siguiente: «Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas».

(11) El art. 11.1 de la Ley estatal 16/1985, establece que «La incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los declarados de interés cultural».

En el ámbito autonómico, como se advierte en el texto, lo más común es contemplar la aplicación provisional de las medidas de protección previstas para los bienes ya declarados a partir de la incoación del procedimiento de declaración. Así lo hacen las siguientes: Ley cántabra 11/1998 (art. 17.3), Ley castellanoleonésa 12/2002 (art. 10.2), Ley catalana 9/1993 (art. 9.2), Ley Extremeña 2/1999 (art. 10.2), Ley riojana 7/2004 (art. 13.5), Ley vasca 7/1990 (art. 22.1), Ley navarra 14/2005 (art. 19.1 c.), Ley gallega 8/1995 (art. 10.3), Ley andaluza 14/2007 (art. 8.d), Ley aragonesa 3/1999 (arts. 19.2, 24.4 y 29.2), Ley asturiana 1/2001 (art. 15.3) y Ley canaria 4/1999 (art. 20.1). Por su parte, la Ley murciana 4/2007 resulta más garantista, al extender la posibilidad de aplicar el régimen de protección propio de los bienes ya declarados a un momento anterior al acuerdo de incoación, de conformidad con el art. 72.2 de la LRJPAC (art. 13.2 de la Ley 4/2007). Por el contrario, las Comunidades Autónomas de Madrid (Ley 10/1998), Castilla-La Mancha (Ley 4/1990), Navarra (Ley 14/2007), Baleares (Ley 12/1998) y Valencia (Ley 7/1990) guardan silencio al respecto.

(12) Así, por ejemplo, la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia, establece en su art. art. 83.2 (que constituye una reproducción del art. 1 del Real Decreto-Legislativo 1/2008, de 11 de enero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos) que «La evaluación ambiental de proyectos identificará,

En segundo lugar, el *principio de precaución* también ha inspirado la formulación de los instrumentos de naturaleza jurídica puestos al servicio de la conservación de los bienes culturales. Ya nos referíamos *supra* a la formulación del postulado de «mínima intervención», que tuvo entrada en nuestro ordenamiento de la mano del art. 39 de la Ley 16/1985 y que hoy se encuentra incorporado en todas las normas autonómicas sobre patrimonio cultural (13), cuestión que entronca con la problemática de la idoneidad técnica de las intervenciones y, por ende, con la problemática de la discrecionalidad técnica.

En tercer término, y como complemento al principio de progresión, el principio de no regresión en el ámbito del derecho ambiental, que supone la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la actual lucha de intereses y que tiene su última justificación en la irreversibilidad del daño ambiental y en el derecho de las generaciones actuales y futuras a disfrutar de un medio ambiente adecuado, debe también inspirar la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la protección del patrimonio cultural y erigirse como uno de sus principios (14). Aunque todavía resulta muy incipiente su formulación a nivel normativo y jurisprudencial, la doctrina ya ha dado la

describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los siguientes factores: a) El ser humano, la fauna y la flora. b) El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje. c) Los bienes materiales y el patrimonio cultural. d) La interacción entre los factores anteriores».

(13) Transcribimos a continuación el texto del art. 39 de la LPHE: «1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario general a que alude el artículo 26 de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de la Ley. 2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. 3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedaran debidamente documentadas».

(14) *Vid.*, en relación con ello, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 3 de febrero de 2009). Se trata de una infraestructura pública de carácter sanitario la que entra en conflicto con la preservación del suelo rural, concluyendo el TS que «sin que ello tenga necesariamente que hacerse a costa de otros intereses generales igualmente dignos de protección ... el Tribunal de instancia no ha efectuado una correcto juicio de ponderación entre los intereses en conflicto y, a pesar de reconocer que, si no se suspende la ejecutividad de la modificación puntual del planeamiento, difícilmente será posible ejecutar la sentencia estimatoria que pudiera recaer». En el mismo sentido, resolviendo a favor de la prevalencia de valores ambientales y culturales se encuentran las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de octubre de 2010 y de 9 de julio de 2012.

voz de alerta sobre la importancia de este principio en materia ambiental (15). Y como manifestación del principio de *no regresión del derecho del patrimonio cultural* ya encontramos la interpretación que nuestros Tribunales llevan a cabo del derecho social a la cultura reconocido al más alto nivel por el art. 46 de la CE, el cual «*presenta unas tan acusadas cualidades de esencialidad e importancia que hacen inexcusable aplicar la legislación protectora ... en el sentido más favorable a los fines de conservación de los bienes culturales a que se refiere* (16).

La viabilidad de este principio de no regresión también puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo. Así, a nivel comunitario, aunque por el momento sólo en relación con el patrimonio natural, el Tratado de la Unión Europea consolidado tras el Tratado de Lisboa señala que «*La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente... En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta ...*» (art. 3). Por otra parte, en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea consolidado tras el Tratado de Lisboa advierte que el Medio Ambiente es una competencia compartida con los Estados Miembros, imponiéndose que «*Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*» (art. 11). De modo más explícito, y más recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de septiembre de 2011 formula una posición común de la UE en la preparación de la Conferencia de naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible (Río + 20) e invoca la necesidad de reconocer el principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente, como superador del concepto de desarrollo sostenible (17).

(15) Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., «Introducción general: regresiones del derecho ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011, pp. 1 y ss. y del mismo autor, «El principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el Derecho español», *RADA*, núm. 20, 2011, pp. 13-27. El autor, en este último estudio explica el proceso de incorporación del principio de no regresión al régimen de desclasificación de los espacios naturales protegidos en el ordenamiento jurídico español, desde el régimen de las primeras normas conservacionistas del siglo XX hasta la vigente Ley 42/2007.

(16) Así lo sostuvo hace años nuestro Alto Tribunal, en SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 13 de abril de 1981 y de 6 de abril de 1992.

(17) Dicha resolución puede consultarse en la siguiente web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0430+0+DOC+XML+V0//ES>. A nivel jurisprudencial, en el ámbito comunitario, sólo se encuentran referencias expresas al principio en relación con la protección de los derechos de los trabajadores. En este sentido, pueden consultarse la STJCE (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010 y Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de abril de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Athinon – Grecia) – Archontia Koukou / Elliniko Dimosio, (Asunto C-519/08).

A nivel interno, el principio de no regresión puede ser deducido del art. 46 de la CE y sobre todo del TRLS de 2008, que impone a las diversas políticas públicas «relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo» la obligación de proceder a la utilización del mismo «conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible»; por tanto, el principio de no regresión debe actuar como límite, dadas las consecuencias irreversibles de la eventual desprotección, e implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de los bienes culturales (18).

Finalmente, de parte de la jurisprudencia, nuestro Tribunal Supremo también ha hecho eco de este nuevo principio de no regresión, y ha sostenido que el mismo implicaría la imposibilidad de no regresar —de no poder alterar— una protección especial del terreno, ... desde luego incompatible con su urbanización, pero también directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades de gestión de tales suelos tanto por aplicación de su legislación específica como por el planificador urbanístico. Este principio ha sido considerado como una «cláusula de statu quo» ... con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental (19). No obstante, existe ya jurisprudencia anterior que, sin referirse expresamente al principio de no regresión, llega a las mismas conclusiones al calificar la potestad de clasificar el suelo especialmente protegido de carácter reglado y, por ello, aunque es posible su modificación, tal actuación requiere acreditar que han desaparecido aquellas condiciones y características que dieron lugar, en su día, a la clasificación de especialmente protegido de un determinado lugar, por lo que mientras no se acredite la pérdida de tales valores, la desclasificación no es posible (20).

En cuarto y último lugar, como cláusula de cierre de este cuarteto de principios que deben enmarcar la actuación de los poderes públicos en el ámbito

(18) LÓPEZ RAMÓN ha efectuado un completo estudio del principio de no regresión en el régimen jurídico de la desclasificación de espacios naturales en LÓPEZ RAMÓN F. «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en Derecho español», RADA, núm. 20, 2011, pp. 13-27.

(19) SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10 julio 2012 (f. j. 7 y 8), de 24 de febrero y de 20 de abril de 2012. En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 3297/2002, que si bien referido a modificación de zonas verdes, señala que «la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula stand still propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga».

(20) Vid. entre otras muchas, SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de febrero de 2003 y de 3 de julio de 2007.

de la tutela y protección del patrimonio cultural, se erige el principio de responsabilidad. Las obligaciones que se derivan del art. 46 CE imponen una política de defensa, restauración y puesta en valor de los bienes culturales, de manera que cualquier actuación que implique carta de naturaleza a la desprotección debe ser tenida por antijurídica, fundamentando la puesta en marcha de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ex arts. 139 y ss. de la LRJPAC, como ocurre en relación con las leyes desclasificadoras de los espacios naturales. En este sentido, la doctrina más autorizada ha sostenido que no cabría admitir la posibilidad de suprimir la protección otorgada a un espacio natural, salvo en los casos de degradación natural irreparable o irreversible (21). Esta degradación irreparable a la que se refería LÓPEZ RAMÓN hace más de tres décadas, y que hoy, como se verá a continuación, se encuentra contemplada en la mayoría de normas autonómicas sobre protección de la naturaleza so pena de inconstitucionalidad, como requisito inexcusable para la posibilidad jurídicamente lícita de la descatalogación de espacios naturales previamente declarados, salvo en casos de fuerza mayor o de exclusiva responsabilidad de un tercero, nos obliga a entroncar la degradación de los bienes culturales también en este caso con la institución de la responsabilidad de los poderes públicos (22).

2. El alcance de la potestad deber de protección del patrimonio cultural: una discrecionalidad limitada por la presencia del valor cultural

La iniciativa tuitiva o protectora de los diversos bienes cuya tutela tienen encomendada los poderes públicos parte de distinto grado de discrecionalidad

(21) LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza ...*, cit., pp. 190-191. GARCÍA URETA considera igualmente que la supresión de la calificación previamente otorgada presupone la existencia de una degradación que hiciera físicamente imposible su reparación. Para fundamentar dicha postura, el autor trae a colación tanto la inexistencia de previsiones sobre descatalogación de espacios en Derecho Internacional —reducción de Humedales en el marco del Convenio Ramsar o descatalogación de Reservas de Biosfera y Zonas de Especial Interés para el Mediterráneo, derivadas del Protocolo de Barcelona de 1995— como el Derecho Comunitario, y alude concretamente la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la Directiva 79/409, en la que sostiene el Tribunal que «*si bien es cierto que los Estados miembros disponen de cierto margen al escoger los territorios más apropiados para calificarlos como zonas de protección especial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, por el contrario no pueden disponer del mismo margen de apreciación, en el ámbito del apartado 4 del artículo 4 de la Directiva, para modificar o reducir la superficie de dichas zonas, ya que ellos mismos reconocieron en sus declaraciones que dichas zonas reúnen las condiciones de vida más apropiadas para las especies enumeradas en el Anexo I de la Directiva*» [STJCE C-57/88 (1991)]. *Ver.*, GARCÍA URETA, A., *Espacios naturales...* cit., p. 313.

(22) GARCÍA URETA también ha advertido contundentemente que «*no se puede aceptar, sin mayor discusión, un retorno a la situación previa a la declaración, sobre todo si la justificación de ese retorno no tiene base natural*», en GARCÍA URETA, A. *Derecho Europeo de la Biodiversidad*, Gómez Acebo y Pombo-iustel, 2010, p. 264.

administrativa según los supuestos, lo que implica también una graduación de la intensidad de dicha obligación o deber. En el ámbito que nos ocupa, tanto la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio histórico español, como las normas autonómicas que desplazan a ésta en sus respectivos territorios ex art. 149.1. 28ª CE, se ocupan de desarrollar los deberes de los poderes públicos que derivan del art. 46 CE en relación con el patrimonio cultural, que se concretan en garantizar la conservación y promover su enriquecimiento. Así, el empleo de diversas fórmulas imperativas obliga a las Administraciones Públicas a *garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él* (23).

Una de las instituciones más complejas del Derecho Administrativo es la discrecionalidad predicable de ciertas potestades y actos administrativos. Se trata de una cualidad presente cuando nos acercamos a ámbitos de la actividad administrativa condicionados por la coyuntura social, económica, política y cultural. Dicha cualidad, además, puede revestir varias formas, y así podemos hablar de discrecionalidad a secas como antónimo de potestad reglada o de discrecionalidad técnica, como veremos a continuación.

Ahora bien, la atribución legal de una potestad discrecional, como ocurre en el caso que abordamos, hace depender parcialmente su ejercicio de la apreciación subjetiva de la propia Administración, pero no presupone la inexistencia de elementos integrantes de la potestad que sí que pueden ser sometidos a control a través de diversas técnicas que reconoce nuestro ordenamiento jurídico tendentes a evitar la desviación de poder y la arbitrariedad. Además, las potestades administrativas tiene sentido en función de los intereses generales a los cuales las Administraciones Públicas sirven con objetividad, tal y como reza el art. 103.1 de la CE. Esta funcionalidad condiciona, en consecuencia la validez de su ejercicio, el cual puede llegar a ser incluso obligado cuando el interés general así lo demande (24). De este modo, la potestad de protección de los bienes culturales puede ser considerada como debida o, lo que es lo

(23) Así, el art. 2.1. de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico español establece que *Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1º, y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28º de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación.*

(24) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Potestad administrativa», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994, p. 4955. Sobre la consideración de la actividad planificadora de los recursos naturales como instrumento funcional para cumplir la obligación de las Administraciones Públicas de velar por el mantener y conservar los recursos naturales, vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, LaLey, Madrid, 2001, p. 869.

mismo, como potestad-deber, en razón del interés cultural como interés protegido a nivel constitucional (25).

La declaración de un bien de interés cultural, como la declaración de un espacio natural protegido, consiste en la materialización de una potestad-deber de los poderes públicos contemplada por nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando concurren las circunstancias previstas en las normas, las correspondientes Consejerías con competencias en materia de patrimonio cultural deben incoar el procedimiento enderezado a la salvaguarda y protección del bien en cuestión. De otro lado, el derecho albergado por el art. 46 incorpora la posibilidad de que los ciudadanos y los grupos sociales exijan a los poderes públicos la realización de sus obligaciones en relación con el patrimonio cultural, siendo pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-administrativos el cumplimiento de estas obligaciones (26).

Partiendo de que las Administraciones Públicas tienen una potestad-deber de proteger los bienes de interés cultural, lo complicado será entonces determinar cuándo concurre ese valor cultural que demandará la actuación administrativa tendente a su protección. En este sentido, la normativa autonómica, como lo haría en su día el art. 39 de la Ley 16/1985, ha juridificado criterios válidos para las intervenciones en bienes culturales, cuya aplicación sirve para reducir el ámbito de la discrecionalidad técnica cuando se trata de autorizar, por ejemplo una restauración. Aunque su formulación resulta compleja y no se encuentran exentos de subjetividad, y por tanto no sirven para eliminar de modo absoluto la presencia de discrecionalidad en la actuación administrativa en el ámbito de las autorizaciones, sí la reducen en gran medida, pues sirven como parámetro para enjuiciar su adecuado ejercicio. Además, nos permiten perfilar con mayor nitidez los contornos entre la discrecionalidad y la oportunidad (27).

(25) Estos deberes genéricos presentes adquieren una importancia fundamental en relación con la posibilidad de imputar responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, cuando éstos tengan su origen en una falta de diligencia en la actividad protectora, por dejación o por omisión.

(26) Así se desprende del art. 8.2 de la Ley 16/1985, previsión que reproduce la normativa autonómica. *Vid.*, art. 5.1 de Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha; el art. 3.1 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; el art. 9.1 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; el art. 3.2 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; el art. 3.1 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; el art. 5.1 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León y el art. 8.1 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra; art. 5.1 de la Ley 10/1998 de Madrid; y art. 67 de la Ley 4/2007, de patrimonio cultural de la Región de Murcia. Un ejemplo paradigmático del ejercicio de esta acción podemos encontrarlo en el asunto resuelto por la Sentencia, de 8 de mayo de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Huesca.

(27) Recordemos las diversas controversias resueltas por nuestros Tribunales en aplicación del art. 39 de la Ley 16/1985, cuando se trataba de determinar si una concreta restauración debía o no ser autorizada. El art. 39 de la LPHE establece que *Los poderes públicos procurarán por todos*

Pero, a diferencia de lo que sucede en relación con la restauración, donde hemos visto que las normas positivizan criterios más o menos objetivos que reducen el margen de discrecionalidad de las Administraciones competentes a la hora de autorizar las intervenciones en los bienes de interés cultural, cuando se trata de discernir sobre la protección o desprotección, esto es, sobre la presencia o ausencia de valor cultural, las normas guardan silencio, y no encontramos la formulación de criterios objetivos que evidencien dicha presencia y que puedan servir para reducir el margen de apreciación de la Administración competente.

En cambio, en el ámbito de la protección de otros bienes de distinto valor, como sucede en relación con ciertos bienes ambientales como los hábitats y las especies, la cuestión ha sido bien distinta. En efecto, en el ámbito de la protección de los espacios naturales y de las especies se reproduce esta problemática, aunque con alcance distinto, en la medida en que las normas tuitivas en este caso sí incorporan, como lo haría por primera vez el Derecho comunitario (28),

los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario general a que alude el artículo 26 de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de la Ley. 2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. 3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedaran debidamente documentadas.

Debe aclararse que Las Comunidades Autónomas han incorporado también a su articulado disposiciones en este sentido, por lo que precepto transcrito ha quedado desplazado en todas ellas.

(28) En este sentido operan la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la Conservación de las aves silvestres, hoy derogada y sustituida por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, la cual incorpora un anexo de especies que serán objeto de medidas de conservación especiales en cuanto a su hábitat, con el fin de asegurar su supervivencia y su reproducción en su área de distribución (art. 4). En el mismo sentido apuntado, la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres establece obligaciones de protección de los hábitats naturales que figuran en su Anexo I y de hábitats de especies que figuran en el Anexo II, deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural. La red Natura 2000 incluirá asimismo las zonas de protección especiales designadas por los Estados miembros con arreglo a las disposiciones de la Directiva 79/409/CEE. Por otra parte, y esto resulta muy interesante, establece que tomando como base los criterios que se enuncian en el Anexo III (etapa 1) y la información científica pertinente, cada Estado miembro propondrá una lista de lugares con indicación de los tipos de hábitats naturales de los enumerados en el Anexo I y de

catálogos de especies y de hábitat cuya presencia exige la actuación de los poderes públicos tendente a su protección e incluso a la desprotección.

En la esfera comunitaria, la Directiva 2009/147/CE Aves establece en su art. 4 la obligación de adopción de medidas de conservación especiales en relación con las especies relacionadas en el anexo I así como criterios de clasificación de las ZEPAS en función de las especies ornitológicas, extensión o superficie, número e inclusión en otros inventarios. El Tribunal de Justicia se ha referido al «margen de apreciación» de los Estados miembros a la hora de designar las ZEPAS, afirmando que los Estados miembros carecen de discrecionalidad a la hora de clasificar las ZEPAS (29). La doctrina, encabezada por GARCÍA URETA, ha

las especies autóctonas de las enumeradas en el Anexo II existentes en dichos lugares (art. 3). En el Anexo III se contienen los criterios de selección de los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria y designarse zonas especiales de conservación. En una primera etapa, debe llevarse a cabo una evaluación a nivel nacional de la importancia relativa de los lugares para cada tipo de hábitat natural del Anexo I y cada especie del Anexo II (incluidos los tipos de hábitats naturales prioritarios y las especies prioritarias). Los criterios de *evaluación del lugar para un tipo dado de hábitat natural del Anexo I son los siguientes*: a) Grado de representatividad del tipo de hábitat natural en relación con el lugar; b) Superficie del lugar abarcada por el tipo de hábitat natural en relación con la superficie total que abarque dicho tipo de hábitat natural por lo que se refiere al territorio nacional; c) Grado de conservación de la estructura y de las funciones del tipo de hábitat natural de que se trate y posibilidad de restauración; d) Evaluación global del valor del lugar para la conservación del tipo de hábitat natural en cuestión. Por otra parte, los *criterios de evaluación del lugar para una especie dada del Anexo II son los siguientes*: a) Tamaño y densidad de la población de la especie que esté presente en el lugar en relación con las poblaciones presentes en el territorio nacional. b) Grado de conservación de los elementos del hábitat que sean relevantes para la especie de que se trate y posibilidad de restauración. c) Grado de aislamiento de la población existente en el lugar en relación con el área de distribución natural de la especie. d) Evaluación global del valor del lugar para la conservación de la especie de que se trate. Con arreglo a estos criterios, los Estados miembros clasificarán los lugares que propongan en la lista nacional como lugares que pueden clasificarse «de importancia comunitaria», según su valor relativo para la conservación de cada uno de los tipos de hábitat natural o de cada una de las especies que figuran en los respectivos Anexos I o II, que se refieren a los mismos. Dicha lista incluirá los lugares en que existan los tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias que hayan sido seleccionados por los Estados miembros con arreglo a los criterios enumerados en los puntos A y B. Para la evaluación de la importancia comunitaria de los demás lugares incluidos en las listas de los Estados miembros, es decir de su contribución al mantenimiento o al restablecimiento en un estado de conservación favorable de un hábitat natural del Anexo I o de una especie del Anexo II y/o a la coherencia de Natura 2000, se tendrán en cuenta los criterios siguientes: a) el valor relativo del lugar a nivel nacional; b) la localización geográfica del lugar en relación con las vías migratorias de especies del Anexo II, así como su posible pertenencia a un ecosistema coherente situado a uno y otro lado de una o varias fronteras interiores de la Comunidad; c) la superficie total del lugar; d) el número de tipos de hábitats naturales del Anexo I y de especies del Anexo II existentes en el lugar; e) el valor ecológico global del lugar para la región o regiones biogeográficas de que se trate y/o para el conjunto del territorio a que se hace referencia en el artículo 2, tanto por el aspecto característico o único de los elementos que lo integren como por la combinación de dichos elementos.

(29) Así, SsTJCE de 19 de mayo de 1998 (Asunto C-3/98) y de 28 de junio de 2007 (Asunto C-235/2004).

criticado que la Comisión, para iniciar un procedimiento por incumplimiento y, del mismo modo, el TJCE al condenar a los Estados miembros, utilicen listados no publicados oficialmente y en cuya elaboración no ha habido intervención pública ni transparencia. (30) El Tribunal Europeo, en sentido contrario, y a pesar de afirmar que no son jurídicamente vinculantes para los Estados, considera que estos inventarios han de ser tenidos en cuenta como «*mejores conocimientos científicos disponibles*» y tienen un valor probatorio importante pero relativo, en la medida en que pueden destruirse con estudios científicos que rebatan los contenidos de los inventarios (31).

(30) GARCÍA URETA, A., *Derecho europeo ... cit.*, pp. 218 y 227. En el mismo sentido, *vid.*, REVUELTA PÉREZ, I., «Las zepas: discrecionalidad de la Administración y alcance de los inventarios Birdlife», *REDA*, núm. 149, 2011, p. 203.

(31) Similar problemática se plantea en relación con aplicación de la Directiva 92/43 en relación a la declaración de ZEC y de la Directiva 91/271, en relación a la designación de Zonas sensibles a la eutrofización». El TJCE, en este caso, apela al contenido de una tesis doctoral para cuestionar el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica en este ámbito (STJCE de 23 de septiembre de 2004).

Descendiendo a nivel autonómico, resulta ilustrativa la Ley canaria 4/2010, de 4 de junio, del Catálogo Canario de Especies Protegidas regula en su art. 5 los *criterios para la catalogación, descatalogación o cambio de categoría* de una especie, subespecie o población catalogada «en peligro de extinción» o como «vulnerable». Su art 5 establece que la evaluación del grado de amenaza de una especie, subespecie o población, a efectos de su consideración como «en peligro de extinción» o «vulnerable», podrá hacerse en atención a los cambios en su distribución, cambios en el tamaño de las poblaciones y probabilidad de extinción en Canarias. Así, por ejemplo, en relación a las especies catalogadas o catalogables como «en peligro de extinción» y en lo relativo a la distribución de la especie o población, en cuanto que el factor de amenaza principal incide sobre los individuos, deberá darse al menos uno de los dos supuestos siguientes: a) El ritmo de reducción del área de ocupación resulta ser superior al 75%, medido por un período máximo de 10 años o el tiempo de duración de tres generaciones de la especie. b) El área de ocupación deberá encontrarse en declive a partir del año 1970 y haber disminuido por debajo de los siguientes umbrales: 40 km² en el caso de tratarse de especies marinas; 20 km² en caso de tratarse de especies presentes en más de una isla; 5 km² en caso de tratarse de especies presentes en una sola isla; o 2,5 km² en caso de tratarse de un endemismo local. En los casos en que no pueda determinarse con claridad la tendencia del área de ocupación, podrá recurrirse al área de presencia como método complementario para determinar la tendencia en la distribución. Por lo que se refiere al tamaño de la población, deberá darse al menos uno de los dos supuestos siguientes: a) El ritmo de reducción de las poblaciones resulta ser superior al 75%, medido por un período máximo de 10 años o el tiempo de duración de tres generaciones de la especie. b) El declive estimado en el tamaño poblacional debiera haber sido continuo, año tras año, y alcanzar al menos el 20% al cabo de los últimos diez años o tres generaciones, y en la actualidad el tamaño de la población no debería ser superior a 250 ejemplares maduros. En torno a la probabilidad de extinción, deberán cumplir alguno de los siguientes requisitos: a) Su probabilidad de extinción es igual o superior al 20% en los próximos 20 años o cinco generaciones. b) Cuentan sólo con 25 individuos maduros o menos y una tasa media de crecimiento poblacional negativa. c) Cuentan sólo con 25 individuos maduros o menos, una tasa media de crecimiento poblacional positiva y una fluctuación poblacional de, al menos, un 10% de promedio. La norma continúa estableciendo criterios en relación con las especies catalogadas o catalogables como «vulnerables».

El núcleo esencial de la problemática que abordamos, en ambos casos, se traslada al campo de la discrecionalidad técnica, en la medida en que serán necesarios juicios técnicos que justifiquen, en aplicación de dichos criterios —formulados o no normativamente—, la presencia o no de los valores a proteger. La Administración competente, pues, no elige de entre dos o más soluciones igualmente justas, como en el caso de la discrecionalidad ordinaria, sino que debe, asumiendo o formulando por sí un juicio técnico, adoptar una única solución justa. En la formulación de su decisión, la Administración encontrará dificultades a la hora de distinguir entre lo que sería la valoración objetiva del significado cultural del bien de la valoración subjetiva de los mismos. Y en orden al control, será relevante determinar si en el ámbito de la protección del patrimonio cultural nos encontramos en un supuesto en el que la Administración se auxilia de informes técnicos para formular su decisión o si, por el contrario, se trata del ejercicio de una discrecionalidad técnica pura. Y a nuestro juicio, se impone con toda evidencia la segunda situación, en la medida en que la Administración, como se verá al analizar los procedimientos para la declaración de bienes de valor cultural, no solicita los informes técnicos de las instituciones consultivas para coadyuvar a su decisión, sino que se trata de informes preceptivos y vinculantes que funcionan como presupuesto y a la vez condicionante del sentido del acto administrativo de declaración de los bienes culturales.

Como es sabido, los informes preceptivos y vinculantes pueden referirse a apreciaciones de oportunidad o a constataciones de hechos relevantes. Y en nuestro caso, los informes que la Administración cultural solicita en el curso del procedimiento para la declaración de un bien de valor cultural se refieren a la concurrencia de unos valores a los que se apareja un resultado concreto, luego podemos afirmar que nos encontramos en supuesto de discrecionalidad técnica pura (32).

Antes de analizar que tipo de vinculación ejercen los informes que solicita la Administración cultural en el seno del procedimiento de declaración de bienes protegidos, veamos los distintos tipos de vinculación que pueden presentarse. De parte de la doctrina, CIERCO SEIRA se ha referido a dos supuestos de vinculación distinta en función de la incidencia de los informes vinculantes en las decisiones administrativas (33). El grado de incidencia de los informes en la conformación del acto administrativo es predeterminada por el legislador, según la importancia de los intereses en juego, la complejidad, la tecnicidad o la especialidad de la materia, o bien por la necesidad de coordinación interorgánica o intersubjetiva,

(32) En contra, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O., «El control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa», *Actualidad Administrativa*, núm. 21-22, 2011, p. 2688. Considera el autor que no se trata de discrecionalidad técnica, en el entendimiento de que cuando se trata de declarar un edificio histórico, aunque los técnicos aprecien dicha cualidad, la Administración tiene la facultad de declararlo como tal en función de otras circunstancias de ubicación, tiempo, estilo, etc.

(33) CIERCO SEIRA, C., «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 21, 2002, p. 237-244.

sobre todo, en este último caso, en aras de la simplificación administrativa (34). Distingue el autor, además, entre eficacia integradora y eficacia impeditiva. La primera se produce en los casos en que *el órgano decisor habrá de conformar la decisión conclusiva a partir de lo dispuesto en el contenido del informe*, esto es, en los supuestos en que el contenido del informe forma parte de la resolución. En el segundo caso, informes habilitantes u obstativos, la adopción de la resolución requiere la conformidad del órgano consultado, *pero resulta que si el informe es favorable, la Administración no estará obligada entonces a resolver de manera favorable o estimatoria*. De este modo, concluye el autor afirmando que en el caso de que el informe resulte adverso, la fuerza vinculante será radical, pero en el caso de que resulte favorable, quedará una libertad de acción a la Administración (35). Esta libertad de acción la explica como consecuencia de la parcialidad de los informes, que no liquidan la función resolutoria que corresponde al órgano decisor quien, por razones distintas de las indicadas por el órgano asesor, puede llegar a una resolución de contenido distinto al sentido del informe.

En nuestro caso, tanto la Ley estatal 16/1985 como la normativa autonómica sobre protección del patrimonio cultural exigen informe o informes favorables de las instituciones consultivas de la Administración cultural, que suelen ser las Reales Academias, las Universidades, los colegios profesionales y demás entidades cuando así se determine reglamentariamente (36). Dichas instituciones, al emitir su informe favorable o no a la protección del bien en cuestión, se pronuncian sobre la totalidad de las cuestiones sobre las que la Administración tiene que resolver, luego no nos encontramos en presencia de estos últimos informes a que se refería CIERCO SEIRA, informes habilitantes u obstativos que no se pronuncian sobre la totalidad de cuestiones sobre las que tiene que resolver la Administración (37). En efecto, cuando la Administración cultural acuerda la incoación de

(34) Piénsese, por ejemplo, en el carácter de los informes que contempla la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, que corresponde emitir a las Confederaciones Hidrográficas y a los Ayuntamientos en el seno de un procedimiento que se sustancia ante y resuelve la administración autonómica.

(35) CIERCO SEIRA, C., «Algunas reflexiones... cit.», 245-252.

(36) El art. 3.2. de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico español dispone que «*Sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo del Patrimonio Histórico, son instituciones consultivas de la Administración del Estado, a los efectos previstos en la presente Ley, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, y en lo que pueda afectar a una Comunidad Autónoma, las instituciones por ella reconocidas. Todo ello con independencia del asesoramiento que, en su caso, pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales.*»

(37) Nótese la patente diferencia del caso previsto en el texto, con los supuestos en que los informes vinculantes proceden de otros órganos de la misma o distinta Administración, en cuyo caso hacen las veces de instrumento de coordinación y simplificación administrativa. En estos casos, el informe se referirá a extremos sobre los que el órgano emittente ostenta competencias que no comparte con la Administración competente para resolver el procedimiento.

los procedimientos de clasificación de bienes culturales es el momento en el que, en el ejercicio de una potestad-deber, como afirmábamos *supra*, se determina que se dan razones objetivas dentro de su actuación discrecional. A partir de entonces, lo relevante para la conformación del contenido del acto finalizador del procedimiento será el contenido de los informes que se hayan podido aportar al expediente para avalar la propuesta de declaración, sin que puedan ser legítimamente tenidas en cuenta otras circunstancias a la hora de conformar el contenido del acto finalizador del procedimiento y sin existir margen para apreciar la oportunidad o no de la eventual protección. De este modo, al igual que para justificar la desclasificación de bienes culturales, como veremos *infra*, sólo se deberá tener en cuenta la pérdida de valores no intencionada y no otras motivaciones como pudieran ser la ejecución de un plan o proyecto incompatible, en este caso sólo se deberán observar las razones culturales. Así, cuando se trata de decidir sobre la clasificación de un bien cultural, la Administración sólo debe tener en cuenta el pronunciamiento de las instituciones consultivas y su apreciación sobre el valor del bien, no resultando legítimo tener en cuenta otras circunstancias. Así, de emitirse informe favorable a la preservación, a la Administración no le queda otra opción que declarar la protección del bien.

A estas alturas, hay que advertir que la posición que mantenemos no se encuentra exenta de problemas, en la medida en que puede darse el caso de que la Administración, en lugar de solicitar un informe solicite varios informes para prevenir y evitar en la medida de lo posible los perjuicios derivados de la falta o retraso en la emisión de los mismos por parte de la concreta entidad consultiva elegida. En estos supuestos, podemos encontrarnos simultáneamente con informes favorables y desfavorables respecto al valor cultural del mismo bien, circunstancia que, en principio, permitiría a la Administración cultural sujetarse a cualquiera de los dos sentidos. Esta frecuente situación no está resuelta por las Leyes. Y al contrario, dada la redacción actual de las normas, es perfectamente posible que se de la misma circunstancia en el seno de un procedimiento de desclasificación. Sobre esta posibilidad jurídica abundamos en el siguiente epígrafe. No obstante, conviene traer a colación la a nuestro juicio cuestionable doctrina sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo), en Sentencia de 28 de abril de 2006. Se trataba de la impugnación de la Orden de 21 de octubre de 2002, de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 14 de mayo de 2002, de la Dirección General de Cultura, que deja sin efecto la incoación del expediente de declaración de bien de interés cultural, con categoría de monumento, a favor del Casino de Águilas (Murcia). En el expediente administrativo constaban dos informes de las instituciones consultivas favorables a la protección y uno que sostenía la absoluta carencia de interés cultural del bien en cuestión. Pues bien, el Tribunal afirma que en este caso la Administración hace uso de lo que es una facultad discrecional, por lo que no cabe hablar de arbitrariedad. Y continúa afirmando que «*la Administración*

practica una determinada política pública de protección del patrimonio histórico de cada Comunidad, frente a la cual nada tiene que objetar en el caso que nos ocupa esta sala (f.j. 5)». Es cierto que las políticas públicas en materia de patrimonio cultural pueden ser más o menos proteccionistas, y ello va a incidir en el número de declaraciones de bienes culturales en una u otra época. Esta es la discrecionalidad presente en este ámbito, a salvo en casos extremos, en los que se pueda imputar una omisión de la Administración en la declaración de un bien con evidentes valores culturales. Mas a partir del momento en que la Administración decide incoar un procedimiento de declaración, a partir del cual se van a aplicar provisionalmente las medidas de protección que se aparejan a la eventual declaración, va a ser la discrecionalidad técnica la que va a dirigir los derroteros del resultado del procedimiento. De este modo, la oportunidad no va a tener cabida, como sostenemos en el epígrafe del presente trabajo dedicado a la desprotección del patrimonio cultural.

3. La formación del acto administrativo de declaración de bienes culturales: procedimientos de declaración de bienes culturales y discrecionalidad sobre la presencia de valor cultural

A) La formación del acto administrativo de declaración: problemática jurídica

Para la formación del acto administrativo de declaración de un bien de interés cultural es necesario tramitar un procedimiento administrativo que se inicia mediante acuerdo de incoación. La apreciación de las circunstancias o del valor cultural a la hora de tomar la decisión de incoar un procedimiento de declaración de un bien cultural conforme a una de las categorías de protección previstas en la normativa aplicable, como ya hemos apuntado *supra*, supone el recurso a lo que viene denominándose discrecionalidad técnica, la cual sólo admite una única solución legal, esto es, existe unidad de solución conforme a Derecho, con lo que no cabe, *a priori*, margen de valoración por la Administración Pública de otros intereses públicos. En cambio, debe señalarse que resulta muy difícil reducir a un concepto ambivalente las categorías previstas en la normativa sobre patrimonio cultural (bienes de interés cultural, catalogados, inventariados, entre otros), dada la variedad del tipo de bienes que pueden ser merecedores de estas calificaciones —desde un traje regional, hasta una obra pictórica, o una técnica de labranza—, de forma que es cierto que se dota a la Administración de alto grado de discrecionalidad a la hora de decidir la categoría con que corresponde calificar a cada tipo de bien. Así, teniendo en cuenta la variedad del tipo de bienes susceptibles de ser declarados y la imposibilidad de describir en la norma el nivel de relevancia cultural respecto de cada uno de ellos, se otorga discrecionalidad a la Administración para determinar si un bien queda o no subsumido en una u otra categoría. Además, como sucede en relación con otras categorías o clasificaciones, como pueden ser las derivadas de la norma-

tiva sobre espacios naturales, en relación con los bienes del patrimonio cultural, salvo por lo que se refiere a la tipología de bienes inmuebles —perfectamente detallada en las normas autonómicas y en la propia Ley estatal (monumento, conjunto, sitio, lugar de interés etnográfico, entre otros)— la clasificación en una u otra categoría tiene lugar en función de la valoración cultural del bien.

No obstante, debe observarse que la iniciación de los procedimientos de declaración puede instarse por los particulares, amén de la intervención de los órganos asesores, de las instituciones consultivas, de los afectados—particulares y Ayuntamientos— así como del público en general en el trámite de información pública. Por ello, el juicio de los mismos también puede condicionar la categoría del bien en cuestión, por lo que es perfectamente posible que durante la tramitación se decida un cambio de categoría respecto de la inicialmente propuesta por la Administración cultural en el acuerdo de incoación (38).

Una vez iniciado el procedimiento, la Administración debe justificar el sobresaliente valor cultural del bien que se propone someter a clasificación, incorporando a estos efectos el o los informes correspondientes de las instituciones consultivas según lo dictaminado por la normativa autonómica (39). Y así se hace en la práctica, esto es, como parte de la motivación del acto administrativo de declaración de un bien cultural se incluye la valoración que a este respecto efectúan las instituciones consultivas referidas, recogida en el informe favorable a su declaración. Dicho informe hará constar las razones que justifican su declaración como bien cultural, así como la enumeración de los valores del bien que

(38) Artículo 6. Deberes de cooperación y colaboración

«1. Las Administraciones Públicas cooperarán para contribuir a la consecución de los objetivos de la presente Ley, sin perjuicio de las competencias que correspondan a cada una de ellas. 2. Las Entidades Locales conservarán, protegerán y promoverán la conservación y el conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia que se ubiquen en su ámbito territorial. Los Ayuntamientos comunicarán inmediatamente a la Dirección General competente en materia de patrimonio cultural cualquier hecho o situación que ponga o pueda poner en peligro la integridad o perturbar la función social de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, adoptando, en su caso, las medidas cautelares necesarias para su defensa y conservación, sin perjuicio de las competencias que expresamente se les atribuya por la presente Ley y de lo establecido en la normativa urbanística, medioambiental y demás normas que resulten de aplicación en materia de protección del patrimonio cultural. 3. La Iglesia Católica y las Cofradías y Hermandades Pasionarias y de Gloria, como titulares de una parte importante del Patrimonio Cultural de interés para la Región de Murcia, velarán por su protección, conservación y difusión con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, en los Acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede y en los convenios que se formalicen entre la Diócesis de Cartagena y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. 4. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que observaren peligro de destrucción o deterioro, la consumación de tales hechos o la perturbación de su función social respecto de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ayuntamiento correspondiente o de la Dirección General competente en materia de patrimonio cultural».

(39) A éstas alude, por ejemplo, el art. 7 de la Ley 4/2007, de Patrimonio cultural de la Región de Murcia.

constituyen aspectos fundamentales a proteger (40). Si en el plazo de tres meses no es emitido dicho informe, el art. 9. 2 de la Ley estatal establece que *se entenderá que el dictamen requerido es favorable a la declaración de interés cultural*. Esta previsión resultó contraria al art. 83.3 de la LRJPAC, según el cual, en estos casos se podrán proseguir las actuaciones, salvo que el informe fuera preceptivo y vinculante, como es el caso del que corresponde emitir a las instituciones consultivas. Por otra parte, dispone la norma estatal que *el expediente deberá resolverse en el plazo máximo de veinte meses a partir de la fecha en que hubiere sido incoado. La caducidad del expediente se producirá transcurrido dicho plazo si se ha denunciado la mora y siempre que no haya recaído resolución en los cuatro meses siguientes a la denuncia. Caducado el expediente no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular*.

Como podía esperarse, las Comunidades Autónomas fueron regulando la cuestión de conformidad con la LRJPAC y en la mayoría de los casos con mayor acierto. Así, por poner un ejemplo, la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia dedica sus capítulos I, II y III del Título I a regular los procedimientos de declaración de bienes culturales conforme a tres categorías, bienes de interés cultural, bienes catalogados por su relevancia cultural y bienes inventariados por su valor cultural. Conviene que nos detengamos en destacar algunas cuestiones procedimentales que resultan de interés al tema que nos ocupa.

En cuanto a la duración de los procedimientos, el art. 18 de esta norma regional establece los plazos en relación con el procedimiento de declaración de los bienes de interés cultural, distinguiendo entre inmuebles, muebles e inmateriales. Así, el procedimiento de declaración de un bien inmueble de interés cultural deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de tres años, cuando se trate de *conjuntos históricos, jardines históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas, zonas paleontológicas y lugares de interés etnográfico* y de dos años en el caso de monumentos. Por otra parte, el procedimiento de declaración de *un bien mueble y de un bien inmaterial* de interés cultural deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de un año (41). Estos plazos se computarán a partir del día

(40) En efecto, la Ley estatal 16/1985 reguló este procedimiento estableciendo que debería constar en el expediente administrativo el informe favorable de una de las instituciones consultivas a que se refería su art. 3., esto es, «*la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, y en lo que pueda afectar a una Comunidad Autónoma, las instituciones por ella reconocidas. Todo ello con independencia del asesoramiento que, en su caso, pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales*». Por su parte, la Ley 4/2007 de Patrimonio cultural de la Región de Murcia, establece en su art. 7 que «*son instituciones consultivas de la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural las Reales Academias, las Universidades de la Región de Murcia, los Colegios Profesionales y cualesquiera otras, cuando así se determine reglamentariamente*».

(41) Nótese la laxitud de los plazos, que encuentra su justificación en la complejidad del estudio y documentación del valor cultural del bien en cuestión.

siguiente de la publicación del acuerdo de incoación. Como puede observarse, se han adecuado los plazos a la presumible complejidad de los procedimientos en función del tipo de bien.

En relación a la caducidad, transcurridos los plazos de duración de los procedimientos sin haberse publicado la resolución que ponga fin al procedimiento se producirá la caducidad del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la suspensión o la ampliación del plazo para resolver y notificar, en los términos dispuestos en la normativa estatal sobre procedimiento administrativo común (42). Se establece expresamente, frente a lo contemplado por la Ley estatal 16/1985, que *caducado el expediente por el transcurso de los plazos a que se ha hecho referencia, sin que haya recaído resolución expresa, se podrá volver a iniciar el mismo, en los términos establecidos en el artículo 13 del mismo texto legal*. En este sentido, el art. 44.2 de la LRJPAC se limita a expresar que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, lo que, por otra parte, en absoluto puede entenderse como causa impositiva de la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, toda vez que este último precepto remite a los efectos previstos en el art. 92 cuando se declare la caducidad, ordenando el archivo de las actuaciones, y así es reconocido por nuestro Tribunal Supremo, cuya doctrina acoge la normativa autonómica sobre protección del patrimonio cultural (43).

Para finalizar estas precisiones procedimentales, y por lo que se refiere a los trámites preceptivos del procedimiento de declaración de bienes culturales, las Comunidades Autónomas reproducen la necesidad de que en el expediente consten al menos un informe favorable a la protección de una de las instituciones consultivas, a imagen y semejanza de cómo lo haría la Ley estatal. Ya nos hemos referido al carácter de estos informes, así como a su alcance o vinculación, al abordar los límites de la discrecionalidad en este ámbito, pero en esta sede conviene que reparemos en la propia configuración o diseño del procedimiento, que —como anunciábamos— en la práctica permite que se den situaciones a las que las normas aún no han conferido una respuesta adecuada. Pues bien, en cada Comunidad Autónoma se designan, legal o reglamentariamente, algunas instituciones consultivas que van a desempeñar esta función consistente en informar en los procedimientos de declaración de bienes culturales. Pero, la decisión sobre a cuál de estas instituciones se solicitará informe y sobre qué informe, en el caso de que se emitan varios en sentido contrario o no, va a formar parte del expediente queda en manos de la Administración Autonómica,

(42) En relación con la petición de informes y la suspensión del plazo para resolver y notificar, *vid.* CIERCO SEIRA, C., «La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver en el procedimiento administrativo», *REDA*, núm. 145, 2010, págs.163-198.

(43) *Vid.* entre muchas otras, las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 5 de diciembre de 2001, 17 de abril de 2002, 29 de mayo de 2007, sobre la normativa aplicable al procedimiento de declaración de bienes de interés cultural, y de 22 de noviembre de 2011, sobre caducidad del expediente para la declaración de bienes de interés cultural.

la cuál, como ya adelantábamos y para evitar retrasos en la tramitación, solicita de ordinario varios.

La regulación del procedimiento, en este punto y a nuestro juicio, no resulta acertada, en la medida en que las instituciones consultivas no están ejerciendo una competencia propia como ocurre cuando los informes, en el seno de otros procedimientos, se solicitan a órganos especializados de Administraciones Públicas con competencias sectoriales en la materia de que se trate, y algunas de ellas van a tener una consideración de la realidad muy sesgada, piénsese, sobre todo en el caso de los Colegios profesionales. Lo anterior, sin obviar la problemática enunciada *supra* y no resuelta por las normas derivada de la situación que se produce en caso de contradicción del sentido de los diversos informes emitidos en el seno del mismo procedimiento de declaración. Más acertado, desde luego, nos parece la exigencia de al menos dos informes favorables para garantizar la objetividad en la apreciación del valor cultural.

B) Una propuesta: la necesidad de elaboración de inventarios de categorías de bienes culturales, de formulación normativa de criterios sobre el valor cultural de los bienes y la democratización del patrimonio cultural

Ya hemos destacado la necesidad de incorporación de inventarios de categorías de bienes culturales que faciliten el control de las potestades administrativas en torno a la protección del patrimonio cultural. Por otra parte, y en relación con ello, hemos destacado la ausencia normativa de criterios homogéneos de cuantificación del valor cultural, atendiendo a todas sus dimensiones, artística, histórica, estética y contextual de evaluación del valor cultural que nos sirvan como herramientas conceptuales cuya aplicación por parte de los poderes públicos nos permita, como el mayor de los rigores, la selección de los bienes a proteger. Hasta el momento, ello sólo se ha conseguido, también, en el ámbito de la protección del patrimonio natural.

A pesar de las dificultades que estas tareas de formulación implican, el valor histórico, estético, simbólico y social que para las generaciones pasadas, presentes y futuras representan ciertos bienes debe obligarnos a hacer un ejercicio de abstracción a todos los actores implicados, para contribuir en esta compleja tarea.

A continuación enumeramos algunos criterios que podrían resultar válidos, algunos de ellos presentes y por tanto extraídos de la motivación de los actos de declaración de bienes culturales: buen estado de conservación, origen, fecha y antigüedad, representatividad histórica, vinculación a actividades o acontecimientos de la comunidad, integración con el paisaje natural o urbano, autor, materiales y técnicas, forma, tendencia artística y origen, estética, valor popular, valor de contexto e integración con el paisaje. Se trata, en la mayoría de los casos, de criterios objetivos que podrían concretarse aún más en función de las

características histórico-culturales de cada lugar o región. Sin embargo, la apreciación que se efectúe sobre algunos de ellos, como el valor popular, de contexto e integración con el paisaje, se encuentran enormemente teñidos de subjetividad. En estos casos, cuando conforme a los criterios objetivos no quede constatado el valor cultural del bien, las normas entonces deberían garantizar la participación colectiva en la apreciación de los lazos de memoria y valor simbólico, a través de encuestas y otros medios de valoración que atiendan a la mayor disposición a pagar por la preservación (44). Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional en la paradigmática STC 102/1995 (f.j. 6º) acoge esta concepción que pasa por tener en cuenta la apreciación, percepción, consideración o aprecio del patrimonio cultural como paisaje, como bien colectivo democratizado, y así ha calado en el art. 3 de la Ley 42/2007 y en cierta normativa autonómica sobre paisaje natural y cultural (45).

Como consecuencia de todo lo anterior, proponemos la creación de cauces de participación de los ciudadanos para que contribuyan en la formación del acto de declaración de los bienes culturales, además de la prevista información pública, como puede ser la creación de una Junta de participación sobre patrimonio cultural. Esta propuesta, que supone superar el «coto privado» de los expertos que hasta ahora han participado en las políticas de protección del patrimonio cultural, que resulta sin duda un avance en la democracia directa y una contribución al bienestar social, se encuentra avalada por el del *Convenio de Aarhus* de 25 de junio de 1995 que obliga a las partes del Convenio a establecer procedimientos para la participación pública de autoridades y de otras partes interesadas en la formulación y aplicación de las políticas de paisaje (art. 5 C), así como por el *Convenio Europeo del paisaje* de 2000, ratificado por España el 26 de noviembre de 2007, cuyo art. 1 señala que por paisaje,

(44) Las aportaciones de la economía y de la antropología del patrimonio cultural, como ramas disciplinares en auge, puede resultar muy valiosas en este ámbito. Vid., SANZ LARA, J.A., Valoración de bienes públicos relativos al patrimonio cultural. Aplicación comparada de métodos de estimación y análisis de segmentación de la demanda» *Hacienda Pública española*, núm. 178, 2006, pp. HERRERO PRIETO, L.C., BEDATE CENTENO, A.M. y SANZ LARA, J.A., «Valoración económica de bienes públicos e relación al patrimonio cultural de castilla y León. Propuesta metodológica y aplicación empírica», *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 6, 2003.

(45) Vid., sobre esta cuestión, el Decreto valenciano 120/2006, de 11 de agosto (art. 4), la Ley gallega 7/2008, de 7 de julio y la Ley extremeña 5/2010, de 23 de junio, la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de Valencia. Esta última establece en su art. 89, sobre principios de gobernanza que la toma de decisiones para una ordenación equilibrada y sostenible del territorio que «se fundamentará en procesos basados en los siguientes principios: Ejercicio responsable de las competencias atribuidas por los diferentes órganos de las administraciones públicas, con garantía del principio de información recíproca. Coherencia en las acciones de la administración pública que tengan incidencia sobre la ordenación del territorio dentro de un sistema complejo. Eficacia en la toma de decisiones de ordenación territorial. Participación de los ciudadanos en las fases de los procesos de decisión sobre políticas, planes y programas territoriales. Accesibilidad a la información territorial de todos los ciudadanos».

natural y cultural, se entenderá *cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos*.

III. EL PROCEDIMIENTO INVERSO A LA DECLARACIÓN DE BIENES CULTURALES

1. Antecedentes: la desprotección del patrimonio natural

A) El tratamiento de la desprotección de espacios naturales por la normativa básica estatal

Como es sabido, los legisladores tratan de contemplar instrumentos jurídicos que faciliten la resolución de los conflictos que se producen entre las diversas políticas que inciden sobre el territorio, marcados, por lo general, por el principio de prevalencia del interés ambiental y/o cultural, como la adaptación del planeamiento vigente a los regímenes de protección sobrevenidos o la necesidad de incorporación de informes favorables de la Administración cultural en los procedimientos de elaboración de planes urbanísticos o de revisión del planeamiento (46). Asimismo, se establecen normativamente las obligaciones de colaboración y coordinación entre todas estas políticas que confluyen sobre el mismo espacio, al señalarse que las exigencias de tutela del patrimonio cultural deberán integrarse en la definición y en la realización de las restantes políticas públicas, en especial en materia educativa, ordenación del territorio, urbanismo, agricultura, industria, turismo y medio ambiente.

Si en el ámbito de la protección parece que la prevalencia del interés ambiental y cultural se encuentra asumida ya por todos, cuando se trata de la operación inversa, esto es, en el ámbito de la desclasificación de espacios naturales, de especies y de bienes de interés cultural, al principio de no regresión le queda mucho camino por recorrer. A esta cuestión dedicamos las siguientes líneas, para dar cuenta de la evolución normativa en el ámbito de los espacios naturales, para abordar, a continuación, el escaso, difuso y somero tratamiento que dispensa la legislación cultural a esta trascendente cuestión, por tratarse de sectores que, a nuestro juicio, merecen un tratamiento similar.

Remontándonos a la Ley 4/1989, de Conservación de la naturaleza y de la flora y fauna silvestre —hoy derogada por la vigente Ley 42/2007, de Patrimonio natural y Biodiversidad—, como ya en su día denunció LÓPEZ RAMÓN (47),

(46) Así, en los procedimientos para la declaración de espacios naturales, así como en los de elaboración de Planes de Ordenación de Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión será preceptivo el informe de la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural (Ley 42/2007).

(47) LÓPEZ RAMÓN, F., *La Conservación de la Naturaleza: los Espacios Naturales Protegidos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, 1980, pp. 190-191.

la normativa básica postconstitucional sobre espacios naturales guardó silencio sobre el procedimiento inverso a la clasificación de espacios naturales, el cual supone sustraer de un régimen protector a un espacio previamente sometido al mismo, constituyendo ésta una de las lagunas más importantes de la normativa sobre espacios naturales (48). Ante dicho silencio, podía sostenerse que para operar una desclasificación de un espacio natural sería necesario seguir el mismo procedimiento previsto en la para su clasificación; como consecuencia de ello, habrían de ser rigurosamente respetados los trámites de *audiencia a los interesados*, *información pública* y *consulta* que contemplaba el art. 6 de la Ley 4/1989. Del mismo modo, sería necesario que dicha desclasificación tuviera lugar, como mínimo, a través del mismo instrumento formal en que se instrumentó la declaración del espacio, bien por ley, bien mediante norma reglamentaria o bien a través de acto administrativo. Esta postura se reducía a la aplicación estricta de los principios de jerarquía normativa, legalidad e inderogabilidad singular de los reglamentos, según los casos y, además, no condicionaba materialmente la desclasificación (49).

Frente a esta interpretación formal que se derivaba de la normativa básica sobre protección de los espacios naturales protegidos, y siguiendo ciertos precedentes a nivel internacional y comunitario, la conocida Directiva Hábitat 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo, sí que contempló expresamente el cambio de una categoría de una Zona de Especial Conservación cuando así lo justificara la evolución natural registrada como resultado de la vigilancia por parte del Estado (art. 9). GARCÍA URETA propuso entonces una interpretación que a su juicio podría poner en entredicho la desclasificación. Como puede observarse, la Directiva parecía prever sólo el cambio en la categoría y no la absoluta desprotección, que sólo podría venir motivada por una desnaturalización del espacio (50). Recientemente, el autor ha abundado sobre la temática de la desclasificación de espacios de la Red Natura 2000, afirmando rotundamente que no cabe la desclasificación de LIC, ZEC y ZEPAS salvo en el supuesto de evolución natural contrastada científicamente, pero «no por causa de otras motivaciones como pudiera ser la ejecución de un plan, programa o proyecto, es decir, una justificación intencional y por obra de una decisión adoptada por las autoridades

(48) Sobre la denuncia de esta laguna, vid. SORO MATEO, B., *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, 2005, pp. 208-209. Es más, la Ley 4/1989 ni siquiera preveía trámite preceptivo alguno para la ampliación de un espacio natural preexistente. La normativa autonómica, por el contrario sí ha abordado las ampliaciones de espacios. Es el caso de la Ley castellano-leonesa 8/1991, de 10 de mayo (art. 19) que remite como regla general al procedimiento y requisitos de la declaración de espacios para operar dicha ampliación. Esta regla general se completa con la siguiente excepción: sólo en dos concretos supuestos no será necesario seguir dicho procedimiento, esto es, cuando los terrenos a incorporar sean de propiedad de la Comunidad Autónoma y cuando éstos sean aportados voluntariamente por los propietarios para tal finalidad.

(49) Cfr. GARCÍA URETA, A., *Espacios naturales ...*, cit., p. 327.

(50) SORO MATEO, B., u.o.c., p. 325.

correspondientes. Para reforzar su postura, trae a colación, en el caso de la ZEPAS, la STJCE 44/1995 (*The Queen v. Secretary of state for environment ex parte: Royal Society for the protection of birds*). A lo sumo, sostiene, es posible una reducción mínima de superficie pero no una desclasificación absoluta, por tratarse, esta última, de un mecanismo excepcional (51). Como puede deducirse, la interpretación que avanzábamos sobre el silencio de la Ley 4/1989, a partir del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del TJCE, podía ser matizada y condicionada a la concurrencia de las circunstancias apropiadas, esto es, a la pérdida acreditada de valores dignos de protección o que al menos avalaran una degradación en la categoría del bien.

A día de hoy, la vigente Ley estatal 42/2007, de Patrimonio natural y Biodiversidad sí ha regulado el cambio de categoría (52) y la alteración de los límites de los espacios protegidos (53), supeditando ambas operaciones, ahora sí y en la línea avanzada por el derecho comunitario, a la concurrencia de un requisito material. De este modo, se supedita la desclasificación o el cambio de categoría a la existencia de cambios provocados en el espacio derivados de la evolución natural de los mismos, científicamente demostrada (art. 51 LPNB) (54).

(51) *The Queen v. Secretary of state for environment ex parte: Royal Society for the protection of birds*, aps. 37-38. Se trata de una Sentencia que estudia el supuesto en el que se plantea tener en cuenta exigencias económicas, en la medida en que obedecieran a razones imperiosas de interés público de primer orden, como las contempladas en el art. 6.4 de la Directiva hábitat. GARCÍA URETA, A., *Derecho Europeo de la Biodiversidad*, Gómez Acebo y Pombo-iustel, 2010, pp. 497-498.

(52) El art. 48 regula los cambios de categoría en los siguientes términos:

«La descatalogación total o parcial de un espacio incluido en Red Natura 2000 solo podrá proponerse cuando así lo justifiquen los cambios provocados en el mismo por la evolución natural, científicamente demostrada, reflejados en los resultados del seguimiento definido en el artículo anterior. En todo caso, el procedimiento incorporará un trámite de información pública, previo a la remisión de la propuesta a la Comisión Europea».

(53) Por su parte, el art. 51 de la LPNB sobre la alteración de la delimitación de los espacios protegidos dispone lo siguiente:

«1. Sólo podrá alterarse la delimitación de espacios naturales protegidos o de la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. En el caso de alteraciones en las delimitaciones de espacios protegidos Red Natura 2000, los cambios debidos a la evolución natural deberán aparecer debidamente reflejados en los resultados del seguimiento previsto en el artículo 47.

2. Toda alteración de la delimitación de áreas protegidas deberá someterse a información pública, que en el caso de los espacios protegidos Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación».

3. El cumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores no eximirá de las normas adicionales de protección que establezcan las Comunidades autónomas.

(54) Sobre los límites a la desprotección derivados del art. 13.4 del TRLS de 2008 y de la normativa urbanística autonómica, vid. LÓPEZ RAMÓN, F., «El principio de no regresión ...», cit. pp. 21 y 25 y JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo no urbanizable*, Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, núm. 21, 2009.

B) La regulación autonómica de la descatalogación de espacios naturales

El Estado de las Autonomías permite que las omisiones por parte del legislador estatal sean colmadas por los diecisiete legisladores autonómicos. Demostrada la insuficiencia de la regulación dada por la Ley 4/1989 a la descatalogación de espacios naturales, se hacía necesario indagar si la normativa autonómica siguió esta tendencia omisiva en relación con la regulación de la desprotección de espacios previamente protegidos o si, por el contrario, como medidas adicionales de protección ex art. 149.1.23^a *in fine* CE, introduce previsiones procedimentales de obligatorio cumplimiento para operar tal modificación del régimen jurídico de los espacios o, al menos, ciertos requisitos materiales y/o condiciones previas a la descatalogación que garantizaran la constitucionalidad de tales medidas.

Pues bien, han sido ocho las Comunidades Autónomas que han abordado esta cuestión en sus leyes de conservación de la naturaleza, en concreto Andalucía, Castilla la Mancha, Extremadura, Aragón, Navarra, Galicia, Valencia y Cantabria.

La Ley andaluza 2/1989, de 18 de julio, de Espacios Naturales fue la primera norma española que abordó la disciplina de la descatalogación de espacios. En este sentido, estableció que la modificación en la clasificación del suelo no urbanizable en los Parques Naturales requeriría informe favorable de la Agencia de Medio Ambiente (art. 15.3). También supeditó a dicho informe la modificación de la clasificación del suelo afectado por el régimen de protección de los Monumentos Naturales —como figura básica— y de los Parques Periurbanos —figura de protección autonómica— (art. 15.4). No obstante, la regulación dada resultó ciertamente limitada, pues ni contemplaba procedimiento ni trámite alguno que garantizara la participación pública, aunque al menos incorporaba en el procedimiento decisivo el juicio vinculante de un órgano especializado, la Agencia de Medio Ambiente. Además, y exclusivamente en relación con los Monumentos Naturales, unos años más tarde el Decreto andaluz 225/1999, de 9 de noviembre, de Regulación y Desarrollo de la figura de Monumento Natural de Andalucía sí reguló el procedimiento administrativo para la descatalogación de estos espacios naturales, que se promoverá por la Consejería de Medio Ambiente y que será resuelto por el Consejo de Gobierno (art. 13.1 y 4). La decisión administrativa de desprotección, lejos de ser discrecional, ha de venir motivada en la desaparición de hecho de las circunstancias que fundamentaron su declaración (art. 13.2 y 3). A su vez, si la descatalogación se debiera a causas no naturales, el que produzca la destrucción o alteración estará obligado, según el precepto, a reponer los elementos de la naturaleza a su estado y ser anterior. En nuestra opinión, no cabía duda que estas previsiones contenidas en un Decreto autonómico debieron ser incorporadas a la Ley 4/1989 en su momento. Más recientemente, el Decreto andaluz 23/2012, de 14 de febrero, por el que se regula la conservación y el uso sostenible de la flora y la fauna

silvestres y sus hábitats regula en su art. 40 el procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de especies en el Listado y en el Catálogo, ya a la luz del Derecho comunitario y de la propia Ley 42/2007 (55).

(55) «1. La Consejería competente en materia de medio ambiente, a propuesta del Comité de Flora y Fauna del Consejo Andaluz de Biodiversidad iniciará de oficio el procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie, subespecie, raza o población en el Listado y en el Catálogo, con fundamento en la información técnica o científica que así lo aconseje, y en especial cuando lo determinen los resultados de los Planes de Recuperación, Conservación o Manejo. 2. Cualquier ciudadano u organización podrá solicitar a la Dirección General competente en materia de conservación de la flora y la fauna silvestres la iniciación del procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie en el Listado y en el Catálogo, acompañando dicha solicitud de la información científica justificativa, al menos, en relación con el valor científico, ecológico, cultural, singularidad, rareza o grado de amenaza de la especie propuesta, así como las referencias de los informes y publicaciones científicas utilizadas, a través del modelo incluido en el Anexo IX. Dicha solicitud podrá ser presentada en la forma establecida en el art. 38.4 de la LRJPAC, incluidos los medios electrónicos, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En caso de que la solicitud fuera defectuosa o incompleta, se requerirá al solicitante para que subsane los defectos advertidos o aporte la documentación complementaria en el plazo de 10 días. Transcurrido dicho plazo sin que el particular subsane dichos defectos o presente la documentación complementaria, se acordará el archivo del expediente notificándose al solicitante. En el caso de que el solicitante subsane los defectos o presente la documentación complementaria en el tiempo previsto, se procederá a tramitar la solicitud correspondiente de acuerdo con el procedimiento indicado en el siguiente apartado. La Dirección General competente en materia de conservación de la flora y la fauna silvestres, una vez valorada la solicitud, notificará su decisión sobre la iniciación o no del procedimiento de forma motivada al solicitante en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de recepción de la solicitud en la Dirección General, poniendo fin a la vía administrativa. Transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, se entenderá estimada su petición. 3. En caso de iniciación del procedimiento, la Consejería competente en materia de medio ambiente remitirá al Consejo Andaluz de Biodiversidad para su informe una memoria técnica justificativa, que contendrá al menos: a) Información adecuada sobre el tamaño de la población y distribución del taxón o taxones evaluados. b) Un análisis de los factores que inciden sobre su conservación o sobre la de sus hábitats. c) De acuerdo con esa información, una evaluación de su estado de conservación y de sus tendencias poblacionales. d) De acuerdo con la evaluación señalada, la propuesta de catalogación, descatalogación o cambio de categoría de amenaza, y en su caso la relación de medidas específicas de conservación que procedan. 4. La decisión para la inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie subespecie, raza o población en el Listado y en el Catálogo se basarán en los siguientes criterios: a) El tamaño, la estructura y la tendencia de las poblaciones. b) El área de distribución, considerando su fragmentación y tendencia. c) Los factores de amenaza identificados, sean éstos actuales o potenciales. d) La probabilidad de extinción de acuerdo con la información técnica o científica disponible. e) El valor científico, ecológico o cultural, para las especies del Listado. 5. La inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie, subespecie, raza o población en el Listado y en el Catálogo se realizará mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de medio ambiente, que se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. 6. La inclusión o cambio de categoría de una especie, subespecie o población en el Listado y en el Catálogo conllevará la aplicación de lo establecido en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en la Ley 8/2003, de 28 de octubre, y en este Decreto, así como su inclusión en el plan de recuperación o conservación correspondiente, reintroducción o manejo en su caso».

En segundo lugar, la Ley aragonesa 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos estipuló que tanto para la ampliación como para la disminución del ámbito espacial de los lugares protegidos sería necesaria una norma de igual o superior rango a la norma de declaración (art. 19.1), siendo suficiente el acuerdo del Consejo de Gobierno, cuando se trate de ampliación de espacios, en los siguientes casos: cuando los terrenos a incorporar sean de la Comunidad Autónoma y cuando sean voluntariamente aportados por los propietarios para tal finalidad, siempre que se reúnan las características del espacio. Se trata de una previsión acertada, y que evita la problemática derivada de las clasificaciones *ex lege* en sede de daños y perjuicios de los afectados por las limitaciones derivadas de la protección ambiental de su propiedad, que también debería haberse incorporado a la normativa básica estatal. Ahora bien, el régimen jurídico que la norma aragonesa dispensa a la descatalogación propiamente dicha difiere del anteriormente expuesto al referirnos al caso andaluz. En efecto, la pérdida de la categoría de protección se somete a los siguientes requisitos. En primer término, y por lo que hace al aspecto formal, será necesario que tenga lugar a través de una norma de igual o superior rango a la norma de declaración. Esta disposición, a nuestro juicio, nada añade a la aplicación rigurosa del principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos. En segundo lugar, desde la óptica material, será necesario que hayan desaparecido los fundamentos que motivaron su protección, salvo cuando esta desaparición hubiera sido intencionada. Hasta aquí, nada nuevo respecto a la solución conferida por el legislador andaluz. En tercer término, cuando la pérdida de categoría del espacio natural tenga lugar por Decreto, la descatalogación se supedita al cumplimiento de un requisito formal esto es, al trámite de información pública e informe previo del Consejo de Protección del medio ambiente y del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón (art. 22). A diferencia del resto de normas autonómicas, la Ley aragonesa ciñe la aplicación de estos últimos condicionantes a la declaración decretal, por otra parte realista con el sistema de fuentes de nuestro Estado, en la medida en que como consecuencia de la inexistencia de una reserva de administración en nuestro derecho una eventual ley posterior podría desatender estos requerimientos. En efecto, si la declaración ha tenido lugar a través de instrumento legal, de nada serviría una obligación impuesta por una norma de igual rango, pues podría ser desatendida por el legislador que pretendiera descatalogar el espacio.

Por su parte, la Ley gallega 9/2001, de Conservación de la Naturaleza, también aborda la regulación de la descalificación de los espacios naturales protegidos, supeditando la potestad descatalogadora al cumplimiento de una serie de condiciones que pueden ser sistematizadas en dos grandes grupos: condicionamientos ordinarios y condicionamientos extraordinarios (disp. adic. 7ª). Por lo que hace al primer grupo, se refiere la norma a la aplicación de los principios de jerarquía y de vigencia temporal de las normas. De acuerdo con ello, un espacio natural completo o parte del mismo sólo puede ser descalificado a través de una norma de igual o superior rango a la de su declaración.

Parece quedar sentado, pues, que el instrumento de declaración puede adoptar forma legal o reglamentaria (56). Además, será de aplicación el principio de jerarquía interreglamentaria. Y, en tercer término, a igualdad de rango, norma posterior deroga a anterior.

En cuanto a los condicionamientos extraordinarios, la Ley supedita la desclasificación a la concurrencia de una serie de requisitos de fondo o materiales y de forma o formales. En este sentido, la validez de la desclasificación de los espacios naturales dependerá del cumplimiento de los requisitos procedimentales aplicables a la declaración. Dicho procedimiento declaratorio se encuentra disciplinado en la sección 1ª del capítulo IV de la Ley (arts. 20 y ss.). La iniciación del procedimiento podrá tener lugar de oficio y a instancia de parte (art. 22). La iniciativa de oficio corresponderá, en todo caso, a la Consejería de Medio Ambiente, sin excepcionar la Ley de este carácter administrativo la iniciación de los procedimientos de declaración legal, esto es, las declaraciones de Reservas Naturales que, aunque tengan lugar a través de instrumento legal, tendrán que comenzar a tramitarse en vía administrativa. En segundo término, la iniciativa para la declaración, a instancia de parte, puede provenir de un particular o de una Administración local de la propia Comunidad Autónoma. En esta ocasión, el instrumento formal de declaración será la Orden de la Consejería. Dicho lo anterior, se ha de advertir que, en todo caso, es decir, en ambos supuestos, el órgano competente para tramitar el procedimiento de declaración será la Consejería de Medio Ambiente (art. 23.1). La regulación del procedimiento queda aquí, a salvo que el art. 23.2 de la Ley prevé que *en cualquier caso, los instrumentos de planificación de los espacios naturales protegidos serán sometidos a información pública*, trámite que no queda claro que resulte preceptivo cuando se trate de procedimientos de declaración y no de instrumentos de planificación propiamente dichos. Varias cuestiones controvertidas suscita la regulación expuesta.

En relación con las Reservas Naturales, la iniciativa de la declaración, como en cualquier procedimiento de iniciación de oficio de los previstos por la Ley, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente. Ahora bien, parece que la Ley gallega está acuñando una figura desconocida hasta el momento en nuestro ordenamiento y ciertamente discutible según la cual el Parlamento Gallego no podría iniciar ni tramitar el procedimiento de declaración de una Reserva Natural. En nuestro sistema dicha opción ha de ser descartada, habida cuenta de que la ley posterior —ley de declaración— puede hacer caso omiso de las prescripciones procedimentales contenidas en esta Ley general de conservación de la naturaleza. Pero, conectemos el procedimiento de declaración previsto en la sección 1ª del cap. IV de la Ley gallega con lo que al respecto dispone su disp. adic. 7ª, pasando entonces a considerar los condicionamientos excepcionales de

(56) Así se deriva del art. 24 de la Ley, que positiva como instrumento de declaración de Reservas, la ley, y, para el resto, el reglamento —Decreto u Orden, según los casos—.

carácter material o de fondo. En este caso se establece que la desprotección o descalificación de un espacio natural ha de venir motivada exclusivamente por la desaparición de las circunstancias que originaron la protección. Además, incluso cuando hubieran desaparecido las circunstancias que motivaron su declaración la descatalogación encuentra otros límites que se exponen a continuación.

En primer lugar, no podrá llevarse a cabo cuando dichas circunstancias desaparecidas no fueran susceptibles de restauración o reparación. Esta medida legal resulta un tanto ambiciosa, aunque muy loable desde el punto de vista ambiental, ya que su aplicación no se encuentra sometida a condicionamientos económicos, pudiendo, por este motivo, resultar inviable en la mayoría de los casos. Además, al suponer una especie de «hipoteca ambiental de un espacio», cuando respecto del mismo precede una declaración, podría producir el efecto contrario al que pretende, desincentivando declaraciones de espacios *ad cautelam* de su conversión en vinculaciones *sine die* proscritas por nuestro ordenamiento jurídico. En segundo término, tampoco cabe la descalificación si la desaparición de dichas circunstancias fue intencionada. Por último, no será posible la desprotección de espacios previamente protegidos, aunque desaparezcan las circunstancias que motivaron su declaración, cuando dicha desaparición hubiere sido originada por un incendio forestal, supuesto para el que la ley positiva una presunción *iure et de iure* de intencionalidad (57).

Respecto de los dos últimos condicionamientos de fondo enunciados, cabe formular las mismas consideraciones que se vertieron sobre los formales, cuando la instancia competente para efectuar la declaración resulta ser el poder legislativo. Ahora bien, no podemos afirmar lo mismo respecto de las prescripciones de la disp. adic. 7^ª.3 *in fine*, según la cual *serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de descalificación y exclusión que fueran en contra de este precepto*. Parece que el legislador gallego se olvida de los límites de la potestad legislativa, precisamente en relación a los espacios más ricos en valores naturales como son las Reservas; pero pronto nos sorprende que la Ley sí haya tenido en cuenta esta circunstancia, pues la misma disposición se refiere, simultáneamente,

(57) Cfr. disp. adic. 3^ª de la Ley extremeña 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y de Espacios Naturales sobre medidas en el supuesto de destrucción de los espacios naturales protegidos, que prevé lo siguiente:

«En ningún caso la destrucción total o parcial de un Espacio Natural Protegido por acciones contrarias a esta Ley supondrá la alteración de su calificación y régimen jurídico en un plazo inferior a treinta años desde que se produjera dicha destrucción. A tal efecto, y sin perjuicio de la restauración por los sujetos responsables, la Administración competente podrá adoptar, a costa de estos, las medidas necesarias para devolver a los terrenos afectados la condición más parecida a la que tenían con anterioridad a su deterioro.

Los responsables, directos o a través de terceros, de la destrucción total o parcial de productos o elementos extraídos de los Espacios Naturales Protegidos no podrán obtener de su posesión rentabilidad económica alguna. En estos casos, corresponde a la Administración competente establecer el destino de estos productos o elementos, sin que ello pueda suponer beneficio económico para su titular»

al carácter normativo del instrumento de declaración en virtud de una norma con rango legal o reglamentario, según los casos (disp. adic. 7.1), y a su carácter de acto administrativo (disp. adic. 7.3. *in fine*).

A la luz de lo expuesto, queda patente la asunción, por parte del legislador gallego, de la confusión acerca del carácter normativo o no de las declaraciones de espacios naturales así como de las desclasificaciones. No obstante, parece reclinarse más bien a su consideración como acto administrativo, habida cuenta de que sanciona con nulidad de pleno derecho los actos administrativos de descalificación contrarios a la referida disp. adic., es decir, aquéllos que no cumplan con los requisitos formales y materiales antes enunciados. Ahora bien, no se entiende entonces el reconocimiento de la posibilidad de que el legislador declare Reservas Naturales, pues la eventual ley desclasificadora, en su caso, no incurrirá, como es sabido, en nulidad; a lo sumo habría que buscar y encontrar un fundamento constitucional que pudiera permitir sostener su invalidez ante el Tribunal Constitucional (58).

Por su parte, la Ley extremeña 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y Espacios Naturales se refirió también al régimen jurídico de la desclasificación de espacios naturales (art. 31). Al igual que ha quedado visto en relación con la Ley gallega, la norma extremeña somete a requisitos de naturaleza formal y material la posibilidad de descatalogar espacios naturales previamente declarados. Por lo que hace a los requisitos formales, la modificación del régimen jurídico de los espacios naturales habrá de tener lugar a través de una norma de igual o superior rango a aquella por la que se procedió a su declaración y de acuerdo con el procedimiento previsto para la misma. En cuanto a los límites o condicionamientos materiales, señala el precepto que será necesario que hayan desaparecido las circunstancias que motivaron la protección del espacio, que esta desaparición sea susceptible de recuperación o restauración y que no haya sido originada intencionadamente ni por incendio —durante los 30 años posteriores a éste— (59). Añade el precepto que serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de descalificación que no se ajusten a dichos requisitos formales o materiales. En principio, las previsiones referidas de la Ley extremeña sólo serán vinculantes respecto de las declaraciones no legales, esto es, respecto de todas las figuras de espacios naturales salvo los parques naturales, siempre que no se utilice exceso de rango para la declaración del resto de figuras, como lamentablemente ocurre en la práctica. Las mismas con-

(58) No obstante, como sabemos, existe una criticable doctrina constitucional sobre este extremo, estudiada en SORO MATEO, B., «Omisiones de la Administración en sede de espacios naturales», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 249, 2009, pp. 195 y ss.

(59) En este mismo sentido, la Ley foral 9/1996, de 7 de junio, de Espacios Naturales, introduce una medida fundamental de protección de éstos, que se traduce en la prohibición de la modificación de la naturaleza jurídica del suelo afectado por la destrucción total o parcial del espacio natural en él ubicado, con contravención de la Ley, en un plazo de 30 años (art. 41).

sideraciones vertidas sobre la disp. adic. 7ª *in fine* de la Ley gallega merece, pues, este inciso final del art. 31 de la Ley extremeña.

También la Ley castellanomanchega 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza se refirió expresamente a la anulación del régimen de protección de los espacios naturales protegidos (art. 39). A este respecto establece que sólo se podrá realizar *por razones de interés público relevante que lo justifiquen y mediante ley*. En este caso, y en cuanto al primer condicionante referido, no cabría una descalificación no motivada en razones de interés público. En cuanto al segundo, de carácter formal, se positiva una reserva de ley para anular la protección de un espacio, independientemente del instrumento jurídico utilizado para su declaración. Además, para garantizar que el legislador autonómico no desatienda el primer requisito de fondo enunciado, será necesario que en el trámite de elaboración del Anteproyecto de Ley de descalificación figure el informe del Consejo Asesor de Medio Ambiente. Resulta cuestionable esta llamada a «razones de interés público relevante», como circunstancias que habilitan la desprotección, referencia que a día de hoy ha de ser entendida como contraria a lo establecido en la normativa básica estatal.

Finalmente, destacan la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Patrimonio Arbóreo Monumental de la Comunitat Valenciana, que se refiere a la descatalogación o pérdida de la condición de árbol catalogado que procede por la *muerte o desaparición del ejemplar* (art. 8.4) y la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Cantabria, que también supedita a los mismos trámites que para la catalogación de especies su desclasificación, exigiendo un informe científico sobre su estado fundamentado (art. 50).

A la luz de esta normativa autonómica sobre espacios naturales parece que quiere acuñarse una nueva categoría de leyes cuyo contenido responde a un acto administrativo que, revistiendo sólo formalmente la indumentaria de la ley, encuentra los mismos límites formales y materiales propios de las manifestaciones reglamentarias. Ello plantea el gran problema que supone discernir sobre la Jurisdicción en la que se residenciarían estas normas cuando incurrieran en algún vicio de invalidez distinto del de inconstitucionalidad. Sobre este extremo existen opiniones doctrinales enfrentadas. Un reconocido sector doctrinal entiende que todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto a su eficacia, esto es, en cuanto a la fuerza de Ley (60). Estos autores justifican su tesis en tres razones fundamentales. En primer lugar, porque no hay acto administrativo sin Administración. Hemos visto cómo, de parte de la normativa autonómica —la Ley gallega 9/2001 de Conservación de la Naturaleza, entre otras— parece imponerse un procedimiento mixto de elaboración de leyes que comienza a tramitarse en vía administrativa y sólo una vez obtenida la declaración como acto administrativo, éste es dotado del revestimiento formal de ley. El problema

(60) Son de esta opinión GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R., *Curso...*, cit., vol. I., pp. 122 y 123.

de sostener esta argumentación se concreta en la discrecionalidad del legislador a la hora de abordar la declaración sin que previamente haya tenido lugar un procedimiento administrativo.

El segundo argumento aducido para fundamentar la afirmación antes referida supone que una ley singular —la desclasificación sin la observancia de los requisitos establecidos en la ley general sobre espacios naturales— exceptúa el ámbito de aplicación de una norma general. En tercer lugar, se alude a dos supuestos en los que generalmente encajan las leyes singulares. Se afirma que éstas responden, normalmente, a la posibilidad de excepcionar previsiones legales expresamente previstas en las leyes y reservadas al legislador. Otras veces la ley singular constituye aplicación de la general y, por tanto, su complemento. A estos dos supuestos adjuntaremos nosotros la previsión del rango legal de la declaración de espacios naturales en leyes generales sobre espacios naturales (61). No se trata en este caso de una *ley general prohibitiva* que puede ser excepcionada, porque así lo prevé la propia ley, a través de instrumento normativo del mismo rango —cosa que por otra parte no tiene mucho sentido cuando la ley anterior no vincula a la posterior— sino de *leyes ordenadoras* que establecen unas pautas generales que la ley singular plasma o ejecuta respecto de un supuesto de hecho concreto. En puridad ejecutan la ley general y la complementan, pero en línea con lo afirmado respecto de la eficacia de la ley singular posterior a una ley general, éstas primeras pueden no complementar ni ejecutar, sino, más bien establecer un régimen jurídico distinto al derivado o desprendido de la ley general. La conclusión a estas consideraciones evidencia que de nada sirve la ley general y que el objeto de la regulación mejor pudiera encontrarse disciplinado en normas singulares, evitando así la confianza en la aplicación de la ley general que puede obviarse en cualquier caso con el sólo límite de los postulados constitucionales.

C) Nuestra propuesta: la instauración de una reserva de Administración para la clasificación y desclasificación de espacios naturales

Para salvar la constitucionalidad de las desclasificaciones de espacios no sometidas a un procedimiento que garantice su admisión sólo en supuestos en los que exista degradación irreversible, para garantizar los derechos constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva y, como no, el respeto al preciado derecho a un medio ambiente adecuado, así como en aras al cumplimiento por parte de los Poderes Públicos de las obligaciones que se derivan del art. 45 de la CE, tiene sentido que en este ámbito de la desprotección de espacios previamente declarados se instaure una *reserva de Administración*, de modo que, en todo caso, sea necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo que garantice la participación

(61) *Vid. ad. ex. art. 24 de la Ley gallega 9/2001, de 21 de agosto, de Conservación de la Naturaleza.*

de todos los afectados y se posibilite, en su caso, su control ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Sin embargo, como es sabido, la Ley 42/2007 sigue posibilitando, como lo haría la Ley 4/1989, la declaración legal de espacios naturales, al no predeterminar el instrumento formal de declaración de los mismos. En consecuencia, al guardar silencio al respecto, cabría la desafectación a través de instrumento legal, en el caso de declaraciones legales y reglamentarias.

Nuestra propuesta se circunscribe a la instauración de una reserva de Administración para la desclasificación de espacios naturales en la propia Ley 42/2007, que garantice, como norma básica sobre protección del medio ambiente, ex art. 149.1.23 de la CE y, por tanto, de obligada observancia por parte de las Comunidades Autónomas, las posibilidades de control de la legalidad de la actividad administrativa descatalogadora por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Otra opción, menos conveniente, pero que ha sido finalmente la que ha sido acogida por el legislador estatal, supone incluir en la normativa básica ciertos requisitos que deben cumplir las descatalogaciones, independientemente del instrumento jurídico formal utilizado para ello, so pena de inconstitucionalidad por contravención de las bases sobre protección del medio ambiente. En este sentido, como señalábamos supra, a día de hoy, la Ley 42/2007 es categórica al afirmar que sólo podrá alterarse la delimitación de espacios naturales protegidos o de la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. En el caso de alteraciones en las delimitaciones de espacios protegidos Red Natura 2000, los cambios debidos a la evolución natural deberán aparecer debidamente reflejados en los resultados del seguimiento previsto en el art. 47 (art. 51.1). La descatalogación se supedita a la concurrencia de cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada, quedando excluidos los supuestos de daños intencionados, incluidos incendios forestales. Asimismo, se establecen un requisito formal, en la medida en que toda alteración de la delimitación de áreas protegidas deberá someterse a información pública, que en el caso de los espacios protegidos Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal desclasificación (art. 51.2 LPNB) (62). Ahora bien, se ha de destacar que la contravención de esta norma básica por parte de las Comunidades Autónomas, o incluso por parte del Estado a través de una norma singular, será controlada por el Tribunal Constitucional o por la Jurisdicción contencioso-administrativa, según el vehículo formal que adopte la decisión desclasificadora y, como advierte LÓPEZ RAMÓN, adicionalmente por las instituciones europeas, cuando ello suponga la contravención de la Directiva Habitat (63).

(62) Un análisis del régimen de las desclasificaciones de espacios naturales en la legislación básica puede consultarse en LÓPEZ RAMÓN, F., *El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos ... cit.*, pp. 24 y 25.

(63) LÓPEZ RAMÓN, *Ibidem*, p. 5.

2. El control de la desclasificación de los bienes integrantes del patrimonio cultural: pérdida de valores, error y desviación de poder

La operación inversa a la declaración de bienes culturales no ha ocupado la atención por parte de la doctrina. Sin embargo, como se comprobará, la normativa autonómica, inspirada quizás en la experiencia en el ámbito de la protección de la naturaleza (64) así como en el Derecho comunitario, ha regulado más acertadamente estas situaciones, para evitar que queden reducidas, como lo ha sido en la práctica, a la materialización de decisiones de oportunidad difícilmente controlables e instrumentadas a través de Ley (65).

La normativa autonómica sobre patrimonio cultural desde el principio ha abordado la regulación de los procedimientos para dejar sin efecto o modificar

(64) En el ámbito de los espacios naturales, la desclasificación o descatalogación es una cuestión que ocupó poca atención por parte de la Ley 4/1989. En cambio, la normativa preconstitucional sobre espacios naturales, esto es, la Ley de espacios naturales protegidos de 1975 y su Reglamento de desarrollo (arts. 12 y 15, respectivamente) sí preveía expresamente la regulación del cese de la declaración en su art. 12, según el cual podría quedar sin efecto la declaración siempre que mediara causa justificada.

(65) El Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo establece en su art. 13.4 que «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice. Sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación. El cumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores no eximirá de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable».

Resulta interesante a este respecto las consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo), en la reciente Sentencia de 10 de julio de 2012, «Por otra parte, debemos destacar el intento del legislador estatal (artículo 13.4) de establecer una serie de exigencias a la normativa autonómica que pretenda una alteración de la delimitación de espacios naturales protegidos; alteraciones que quedarían limitadas a los supuestos de «cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada». Por último, debemos hacer referencia (artículo 15) a la necesidad de evaluación ambiental, tanto en relación con planes y programas, como en relación con los proyectos, señalando el precepto que el Informe de Sostenibilidad Ambiental (ISA) de los instrumentos de ordenación deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación. ISA, hoy, regulado en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que, en su Exposición de Motivos describe el citado Informe como el «instrumento a través del cual se identificarán, describirán y evaluarán los probables efectos significativos sobre el medio ambiente que puedan derivarse de la aplicación del plan o programa, así como las alternativas razonables, incluida entre otras la alternativa cero, que podrían suponer la no realización de dicho plan o programa».

la declaración de bienes culturales. Y, además, ha predeterminado el vehículo formal de declaración de los mismos, aunque ciertamente con escasa fuerza vinculante, en la medida en que se corre el riesgo de que el legislador posterior desatienda, como ha tenido lugar en sede de espacios naturales (66), dicha prescripción.

A día de hoy, el art. 21 de la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, acogiendo las críticas doctrinales vertidas en relación con el silencio de la anterior normativa en materia de espacios naturales, sí regula expresamente el procedimiento administrativo para modificar o dejar sin efecto la declaración de un bien cultural con las mismas garantías que para la declaración, estableciendo expresamente, y en relación con los BIC, que *la declaración de un bien de interés cultural sólo podrá dejarse sin efecto o ser modificada por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y siguiendo los mismos trámites y requisitos establecidos en la presente Ley para su declaración*, sin que puedan invocarse como causas para dejar sin efecto la declaración de un bien de interés cultural las que se deriven del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la misma (art. 21). En consonancia con ello, es necesario cumplir con los trámites preceptivos contemplados por la norma con ocasión de la regulación del procedimiento de declaración de bienes de valor cultural, esto es, el trámite de audiencia a los interesados, en su caso audiencia al Ayuntamiento afectado, e información pública (art. 16). Asimismo, y también en relación con los bienes de interés cultural, será necesario que conste un informe de una de las instituciones consultivas a que se refiere el art. 7 de la Ley, favorable en este caso a la desprotección. De igual modo, aunque a veces exigiendo más de un informe de las instituciones consultivas, operan la Ley catalana (art. 14), la Ley vasca (art. 15), Ley valenciana (art 30), las Ley gallega (art. 16), la Ley castellano-leonesa (art. 16), La Ley asturiana (art 21), la Ley cántabra (art. 21), la Ley navarra (art. 23), la Ley extremeña (art. 11), la Ley castellano-manchega (art. 6) y la Ley balear (art. 10).

Determinemos entonces hasta dónde llega la discrecionalidad de la Administración a la hora de desproteger un bien cultural sobre el que años antes se ha desplegado la actividad administrativa dirigida a su protección. Cuando se trata de la reconsideración de los actos administrativos de declaración de bienes de interés cultural, como es sabido, ésta puede tener lugar a través de las fórmulas generales de revisión de los actos administrativos, incluida la revisión de oficio por motivos de legalidad (ex art. 62 LRJPAC), procedimiento en el que habría que estar a lo dispuesto en el art. 105 de la LRJPAC y en el que resulta

(66) Recuérdese, por ejemplo, la desclasificación y clasificación *ex novo* de ciertos espacios naturales a través de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley 1/2001 de Suelo de la Región de Murcia, declarada recientemente inconstitucional por STC 234/2012. Sobre este extremo, cfr. SORO MATEO, B., «Aspectos jurídicos de los espacios naturales de la Región de Murcia en el Siglo XXI», RADA, núm. 23, 2012, pp. 383.

preceptivo el informe del Consejo consultivo correspondiente. Ahora bien, también es posible reconsiderar estos actos administrativos de declaración de bienes culturales a través de un procedimiento *ad hoc* que de ordinario contemplan, como ya hemos notado, las normas autonómicas de patrimonio cultural, que se enderezan al control del ejercicio de la discrecionalidad técnica materializada en la declaración (67).

Debe quedar claro, a renglón seguido, que ni en el primer caso —revisión de oficio— ni en el segundo —procedimiento para dejar sin efecto la declaración de un bien cultural— cabe esgrimir razones de oportunidad. Así, en hipotético caso de que la Administración decidiera reconsiderar el contenido del acto de declaración de un bien cultural, a través del pertinente procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos, sólo sería posible argüir motivos de legalidad, como puede ser el error en la apreciación del interés cultural del bien (68). Y, por el contrario, en el supuesto de que la Administración decidiera iniciar el procedimiento para dejar sin efecto la declaración de un bien de interés cultural contemplado en las normas autonómicas, la Administración no podría legítimamente esgrimir razones de oportunidad ni de legalidad, sino sólo aquellos que justifiquen la pérdida de valores que motivaron su protección conforme a la categoría correspondiente (69).

Los problemas surgen cuando la Administración no pondera adecuadamente las circunstancias culturales del bien en cuestión y, transcurrido más o menos tiempo desde su declaración como bien de interés cultural, insiste en que el bien en cuestión debe quedar desprotegido. Estas iniciativas desprotectoras llaman la atención, aún más, cuando el bien de que se trata no ha sufrido ninguna transformación, es decir, cuando sus valores, aquéllos que motivaron su protección, siguen intactos. ¿Cómo puede justificarse jurídicamente entonces este cambio de criterio en la apreciación del interés cultural de un bien? ¿Nos encontramos ante un supuesto de arbitrariedad de los poderes públicos?

Pues bien, estas situaciones no hacen sino poner en evidencia que, o bien la declaración como bien cultural fue equivocada, supuesto en el cual debería procederse a su revisión de oficio, o bien es equivocada la desclasificación que se pretende ahora, por estar basada en motivos de oportunidad o de capricho de la Administración. Y ello porque sobre un mismo bien no pueden hacerse valoraciones o ponderaciones dispares sin que hayan acaecido cambios evidentes en el bien.

(67) Así tiene lugar a través del art. 21 de la Ley murciana 4/2007.

(68) En este sentido, la STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Cataluña, de 25 de enero de 2002, considera que si permanecen los valores arquitectónicos que justificaron su protección, no puede desclasificarse el bien incluso aunque se haya producido un error de hecho de la apreciación de los motivos que justificaron en su día la catalogación.

(69) En este sentido, *vid.* arts. 21 y 7.2 de la Ley 4/2007, de Patrimonio cultural de la Región de Murcia.

Para resolver la cuestión pueden traerse a colación diversas Sentencias de nuestro Alto Tribunal, que vienen a sostener que en estos casos es necesario acreditar que han desaparecido las circunstancias y condiciones que dieron lugar en su día a la clasificación como bien de interés cultural. Así lo entiende, en un supuesto similar al que abordamos, la STS de 17 de febrero de 2003. Afirma el TS que

«las potestades urbanísticas se han actuado no para adecuar los terrenos litigiosos a su verdadera naturaleza sino para posibilitar una actividad y una construcción que era imposible en ellos.

Desde esta perspectiva, es evidente que la Sala de instancia no ha infringido la doctrina sobre la discrecionalidad del autor del planeamiento, pues en la modificación del suelo ‘no urbanizable especialmente protegido’ el autor del planeamiento no dispone de una plena discrecionalidad, no siendo posible el cambio de clasificación del suelo cuando no concurren las circunstancias físicas que lo hacen posible. Mientras no se acredite que se han perdido los valores agrícolas, forestales, ambientales, o, de otro tipo que justificaron la adscripción original el cambio no es posible. Estas modificaciones, y como se ha dicho, no han resultado acreditadas en este recurso.

Del mismo modo, el ius variandi del autor del planeamiento tiene el límite que supone los valores agrícolas, forestales, y ambientales, cuya existencia y permanencia adscriben de modo ineludible un determinado suelo a la categoría de no urbanizable especialmente protegido.

De la misma manera que no hay ius variandi en el suelo urbano (a los efectos de clasificación del suelo, no de su calificación), tampoco hay ius variandi cuando del suelo especialmente protegido se trata, a menos que se produzca la pérdida de los valores que en su día justificaron la clasificación, lo que no ha sucedido en este recurso» (70).

Queda claro, pues, que entre tanto no se acredite la desaparición de los valores culturales, no es posible la desclasificación, pues dichos valores suponen un límite a la discrecionalidad técnica, cuya existencia y permanencia adscriben de modo ineludible un determinado bien a la categoría de bien protegido por sus valores culturales, no siendo válidos argumentos de oportunidad —mejora de la calidad de vida de los habitantes, previsiones de desarrollo, necesidad de suelo para desarrollos urbanísticos (STS de 3 de julio de 2007)— (71).

La importante STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de abril de 2010, para evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad

(70) En el mismo sentido que la anterior, las SsTS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 25 de octubre de 2006 y de 3 de julio de 2007.

(71) Sobre las limitaciones a la reclasificación urbanística, *vid.* AGUDO GONZÁLEZ, J., Mecanismos jurídicos para la limitación del suelo. Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente, núm. 258, 2010, GONZÁLEZ VARAS, S., «Garantías jurídicas frente a las clasificaciones, calificaciones y desclasificaciones del suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 213, 2004. JORDANO FRAGA da cuenta de la vinculación del planificador en la revisión por la clasificación previa del suelo en JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo...* cit., págs.315-338.

en este ámbito, extiende la revisión de la actuación administrativa consistente en la degradación de la protección de un bien de interés cultural a la verificación de los hechos, a la coherencia lógica con aquellos y a la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto. Entiende el Tribunal que no quedan demostradas las razones de interés cultural y artístico que hayan justificado la degradación de la protección de un bien cultural, no bastando las razones de oportunidad, so pena de arbitrariedad, en la medida en que *la preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia.*

La Administración consideró necesario proteger un bien que ahora desprotege y no debe, por no disponer de una potestad meramente discrecional sino reglada, desprotegerlo sin más, por la constancia de intereses privados o de la opinión de una institución consultiva distinta a la que emitió el informe tenido en cuenta para la protección, debiendo justificar que aquella desprotección no conculca las normas jurídicas que rigen la clasificación de los bienes de interés cultural.

La lógica, la coherencia, la racionalidad y la congruencia han sido criterios tenidos en cuenta por nuestros Tribunales a la hora de enjuiciar la conformidad a derecho de reclasificaciones urbanísticas desde hace años (72), sin que quepa invocar discriminación o infracción del principio de igualdad derivadas de las vinculaciones singulares que pueda conllevar la catalogación de edificios merecedores de protección por su valor histórico, cultural y arquitectónico (73). Así, ni la clasificación ni la desclasificación de bienes culturales puede ser no motivada, arbitraria o carente de lógica (74). Y sólo la constancia de datos científicamente demostrados que acrediten la pérdida de valores culturales permitiría operar la desprotección de un bien cultural que, en principio, se presume acertada. Sin embargo, si se pudiera demostrar el error en el ejercicio de la potestad de declarar, por haberse basado en informes que, contrastados después, desvirtuarían la categoría del bien, entonces la Administración cultural debería iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, sin bastar, a nuestro juicio, para probar dicho error, el mero informe de una institución consultiva. Esto es, en este caso, los Tribunales deberían ser más cautelosos a la hora de valorar la prueba.

(72) *Vid.*, SsTS de 22 de mayo de 1990, de 21 de enero de 1997, de 4 de septiembre de 2006, de 23 de diciembre de 2008, de 28 de octubre de 2009, de 5 de enero de 2010. Asimismo, resultan ilustrativas la reciente STSJ de Extremadura, de 19 de mayo de 2011 y la SAP de las Palmas, de 26 de marzo de 2012, que aprecia prevaricación en funcionario que interviene en la declaración de un bien cultural y autoriza años después una intervención contraria a su régimen de protección.

(73) STS de 4 de septiembre de 2006 (f. j. 6)

(74) *Vid.* STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Galicia, de 1 de diciembre de 2011, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Murcia, de 1 de julio de 2011, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Madrid, de 21 de mayo de 2010.

Una desclasificación en la que se tuviera en cuenta un informe en sentido desfavorable a la desprotección emitido por otra de las instituciones consultivas distinta de la autora del informe en que la Administración cultural se apoyó para operar la declaración del bien cultural constituye un proceder de la Administración en fraude de ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LICERAS J.M.: «*La problemática del ejercicio de la acción pública en defensa del patrimonio histórico: el ejemplo de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano*», Universidad Valenciana, núm. 4, 2000.
- AGUDO GONZÁLEZ, J.: Mecanismos jurídicos para la limitación del suelo. *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 258, 2010, pp. 71-112.
- ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ed. Ministerio de Cultura, Tomo II, 1994.
- ÁLVAREZ CABALLERIZO, C.: Algunos principio del derecho ambiental y la STSJ (Sala de lo contencioso-administrativo) del País Vasco, de 17 de octubre de 2011, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Vol II, núm. 2, 2011, págs.1-16.
- BALLARÍN IRIBARREN, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 3, 1999, pp. 217-248.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «La intervención en los bienes del patrimonio histórico. La interpretación del art. 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico español por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, pp. 313-324.
- BETANCOR RODRÍGUEZ A.: *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001.
- CARRASCO I NUALART, R.: «Competencia en materia de cultura», *Revista catalana de dret públic*, número extraordinario 1, 2010 (Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), pp. 322-327.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Potestad administrativa», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994.
- CIERCO SEIRA, C.: «El principio de precaución» en Juan de Dios Ruano Gómez (ed.): *Riesgos Colectivos y situaciones de crisis: el desafío de las incertidumbres*, Servicio de Publicaciones de la Universidad da Coruña, A Coruña, 2005, pp. 17-63.
- La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver en el procedimiento administrativo, *REDA* núm. 145, 2010, pp. 163-198.
 - «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», en esta REVISTA, núm. 21, 2002, pp. 233-279.

- El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español, *RAP* núm. 163, 2004, pp. 73-125.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y SORO MATEO, B.: *La articulación del ordenamiento ambiental en el Estado autonómico*, Atelier, Barcelona, 2001.
- GARCÍA URETA, A.: *Espacios naturales Protegidos*, IVAP, Oñati, 1999.
- *Derecho Europeo de la Biodiversidad*, Gómez Acebo y Pombo-lustel, 2010.
- «Urbanismo y Red Natura 2000. Ley 8/2007 y alteración de zonas protegidas», *RVAP*, núm. 78, 2007, pp. 113-152.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R.: *Curso de derecho Administrativo*, vol. I., Civitas, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O.: «El control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa», *Actualidad Administrativa*, núm. 21-22/2011, pp. 2681-2699.
- GONZÁLEZ VARAS, S.: «Garantías jurídicas frente a las clasificaciones, calificaciones y desclasificaciones del suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 213, 2004, pp. 101-132.
- HERRERO PRIETO, L.C., BEDATE CENTENO, A.M. y SANZ LARA, J.A.: «Valoración económica de bienes públicos en relación al patrimonio cultural de Castilla y León. Propuesta metodológica y aplicación empírica», *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 6, 2003.
- JORDANO FRAGA, J.: *La reclasificación del suelo no urbanizable*, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, núm. 21, 2009.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La Ley valenciana de patrimonio cultural: Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-artístico, normas reguladoras del patrimonio cultural valenciano*, Tirant lo Blanch, 1999.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *La Conservación de la Naturaleza: los Espacios Naturales Protegidos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980.
- Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la Conservación de la biodiversidad, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- «Introducción general: regresiones del derecho ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011.
- «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el derecho español», *RADA*, núm. 20, 2011, pp. 13-27.
- PEÑA, M.: «El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense», en <http://es.scribd.com/doc/78280655/Principio-de-No-Regresion-a-La-Luz-de-La-Jurisprudencia-Constitucional-Costarricense-2011> (fecha última consulta 18 de marzo de 2013).
- REVUELTA PÉREZ, I.: «Las zepas: discrecionalidad de la Administración y alcance de los inventarios birdlife», *REDA* núm. 149, 2011, pp. 199-229.

- SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J. «Una palabra más sobre el Teatro romano de Sagunto: los límites de la discrecionalidad técnica en la intervención sobre bienes culturales», *Revista de la Facultad de Derecho de Universidad de Granada*, núm. 10, 2007, pp. 351-413.
- SANZ LARA, J.A.: Valoración de bienes públicos relativos al patrimonio cultural. Aplicación comparada de métodos de estimación y análisis de segmentación de la demanda», *Hacienda Pública española*, núm. 178, 2006, pp. 113-133.
- SORO MATEO, B.: *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, 2005.
- «Omisiones de la Administración en sede de espacios naturales», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 249, 2009, pp. 173-208.
 - «Aspectos jurídicos de los espacios naturales de la Región de Murcia en el Siglo XXI», *RADA*, núm 23, 2012.