



RIIPAC

REVISTA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL:
REGULACIÓN,
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Nº 2
Junio 2013

ARTICULOS

- **Protecting Intangible Cultural Expression in Ireland.**
CLARK, Robert
- **Gestión de Documentos, Gestión Documental y Procedimiento Administrativo. La Ley 7/2011 de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental en Andalucía.**
CRUCES BLANCO, Esther
- **Biobancos e Investigación Biomédica. Algunas reflexiones a la luz de la normativa española.**
GOMEZ JIMENEZ, Maria Luisa
- **Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España.**
HERNANDO COLLAZOS, Isabel
- **La protección del Patrimonio Etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: especial referencia al País Vasco y Andalucía.**
LABACA ZABALA, Maria Lourdes
- **Las Sociedades Cooperativas y la actividad económica en torno al Patrimonio Cultural.**
RODRIGUEZ ALVAREZ, Maria Pilar

COMUNICACIONES - RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- **La actividad profesional en Arqueología de servicios**
MAGARIÑOS SANCHEZ, Jaime-Max
- **Reseña Bibliográfica: ALVAREZ GONZALEZ, E.M., La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático en España, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.**
CASTRO LOPEZ, María del Pilar

NOVEDADES: EVENTOS - ENLACES RECOMENDADOS

- **Propuestas de Eventos, Libros y enlaces a revistas**
LABURU, Arantza

RIIPAC es una revista jurídica de carácter académico creada por un grupo de profesores – investigadores de la Universidad del País Vasco integrantes de la Asociación ARAXES para la Defensa, Propiedad y Difusión del Patrimonio Cultural y publicada por el grupo eumed.net de la Universidad de Málaga. **RIIPAC** se publica en formato electrónico, se difunde en abierto exclusivamente por Internet y aborda con un marcado carácter interdisciplinar los desafíos legales suscitados por el Patrimonio Cultural.

Se trata de una revista científica de investigación que, haciendo un especial hincapié en la Propiedad Intelectual e Industrial, intenta generar un conocimiento inédito y valioso sobre las cuestiones jurídicas que el Patrimonio Cultural suscita por su interacción con las tecnologías de la Información, el desarrollo económico sostenible y el tratamiento de la biodiversidad. El objetivo principal de la Dirección de **RIIPAC** es constituirla como una plataforma de intercambio de estudios, análisis, decisiones, desarrollos que la realidad plantea a nivel jurídico sobre la temática del Patrimonio Cultural

Con carácter específico, la Dirección de **RIIPAC** pretende contribuir a la generación del conocimiento y a la difusión de los aspectos legales, normativos y prácticos tanto nacionales como internacionales que configuran la temática del Patrimonio Cultural. Estos aspectos son tratados en **RIIPAC** como materia clave para gestionar el Patrimonio Cultural como fuente de riqueza, de diversidad, de inspiración y desarrollo.

Los contenidos y opiniones expuestos en los distintos trabajos y colaboraciones son de exclusiva responsabilidad de los autores

Directora

Isabel Hernando

isabel.hernando@ehu.es

Secretaria

Maria Lourdes Labaca

marialourdes.labaca@ehu.es

Promotor

Asociación ARAXES para la Defensa, Propiedad y Difusión del Patrimonio Cultural

Editor Ejecutivo

Juan Carlos Martínez Coll

ISSN

2255-1565

© Edición Digital

2013. Asociación ARAXES

REVISTA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL: REGULACIÓN, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL editada y mantenida por el Grupo eumed.net de la Universidad de Málaga.

www.eumed.net/rev/riipac

Comité Director

Isabel HERNANDO. Facultad de Derecho de la UPV/EHU.
Maria Lourdes LABACA. Facultad de Derecho de la UPV/EHU.
Arantxa LABURU. Jurista.
Javier LOPEZ DEL MORAL. Facultad de Medicina de la UPV/EHU.
Maria Pilar RODRIGUEZ. Facultad de Derecho de la UPV/EHU.
Jasone URKOLA. Facultad de Derecho de la UPV/EHU

Comité Científico

ABELLAN DE LA ROSA, Cristóbal Vogúmil.
Catedrático de Historia de la Música. Conservatorio Superior de Música de Murcia.
BAJO - FERNANDEZ, Miguel.
Catedrático Derecho Penal, Universidad Autónoma Madrid. Abogado
BAKAIKOA -AZURMENDI, Baleren,
Catedrático de Economía Aplicada UPV/EHU. Director de GEZKI.
BLUME, Peter.
Professor of Legal Informatics. Faculty of Law, University of Copenhagen, Denmark
BURILLO - MOZOTA, Francisco.
Catedrático de Prehistoria. Universidad Zaragoza.
BURKERT, Herbert.
Professor of Public Law, Information and Communication Law and President of the Research Centre for Information Law University of St.Gallen, Switzerland. Fellow, Berkman Center for Internet and Society, Harvard University.
BUSTINDUY - FERNANDEZ, Pilar.
Profesora Titular de Restauración de Arte Contemporaneo. UPV/EHU
CASARES - RODICIO, Emilio.
Catedrático de Musicología Universidad Complutense de Madrid, Director del Instituto Complutense de Ciencias Musicales.
CLARK, Robert.
Professor University College Belfield . Solicitor. Arthur Cox Law Firm. Ireland.
CRUCES - BLANCO, Esther.
Doctora en Historia. Cuerpo Facultativo de Archiveros. Directora del Archivo Histórico Provincial de Málaga.
DESANTES - REAL, Manuel.
Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Alicante.
DÍAZ -GONZALEZ, Joaquín.
Director del Centro Etnográfico Fundación Joaquín Díaz, Catedrático Honorario de la Cátedra Estudios sobre la Tradición, Universidad Valladolid.
GERSTENBLITH, Patty.
Distinguished Research Professor, DePaul University College of Law, Chicago, IL
GRAÑA- ROMAY, Manuel.
Catedrático Ciencia de la Computación e Inteligencia Artificial, UPV/EHU
HINOJOSA - TORRALVO, Juan José.
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Málaga.
HOEREN, Thomas.
Professor Doctor in Information, Media and Business Law , Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht- Zivilrechtliche Abteilung. Westfälische Wilhelms-Universität Münster (DE).
LE STANC, Christian.
Professor of Private Law. Department of IP law –CDE-FNDE. Faculté de Droit – Université de Montpellier (F)
LOPEZ - ZAPATA, Emilio.
Catedrático Arquitectura y Tecnología de Computadores. Universidad Malaga.
LLOPIS - TAVERNER, Juan.
Catedrático de Organización de empresas .Universidad Alicante.

LLOYD, Ian.

Professor and Research Fellow to ILAWS at Southampton Law School UK .

MORENO - MARCHAL, Joaquín.

Profesor Titular de Tecnología Electrónica, Universidad Cádiz.

PEREZ-PRAT DURBAN, Luis.

Catedrático Derecho Internacional Público, Universidad Pablo de Olavide.

PURI, kamal.

Professor of IP, the Queensland University of Technology (QUT)'s Faculty of Law (AU). Foundation Director of the WIPO-QUT Master of Intellectual Property Law Program. Barrister & Solicitor (NZ).

QUEL - LOPEZ, Francisco Javier.

Catedrático Derecho Internacional Público, UPV/EHU

RODRIGO - RUIZ, Marco Antonio.

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario UPV/EHU

RUIZ - MATA, Diego.

Catedrático Arqueología. Universidad Cádiz .

SAARENPAÄ, Ahti.

Professor of Private Law and Director of the Institute for Law and Informatics in the Faculty of Law at the University of Lapland, Finland.

SÁNCHEZ – BLANCO, Angel.

Catedrático Derecho Administrativo, Universidad Málaga.

SUAREZ - FERNANDEZ, Carlos.

Catedrático Derecho Penal, UPV/EHU

Competencia Desleal,

Denominaciones de Origen y Las contribuciones de los autores serán originales no previamente publicadas o propuestas para tal fin en otra revista.

Las contribuciones pueden estar redactadas en idioma español o inglés. Para la publicación de los artículos, el Consejo de Dirección revisará todos los trabajos y decidirá su remisión a revisores externos. Una vez examinada y aceptada cada contribución, se comunicará al Autor el número de la revista en la que aparecerá.

I. EJES TEMATICOS

II. SECCIONES DE LA REVISTA

III. ESTRUCTURA DE LOS ARTICULOS

IV. ESTRUCTURA DE LAS COMUNICACIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

V. CRONOGRAMA Y FRECUENCIA DE PUBLICACION ELECTRONICA

VI. POLITICA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, DE USO y CITACION RIIPAC

I.- EJES TEMATICOS

Sobre el Patrimonio Cultural en su acepción más amplia (Patrimonio Histórico Inmobiliario, Patrimonio Histórico Mobiliario, Patrimonio Arqueológico Terrestre - Subacuático, Patrimonio Etnográfico – Inmaterial (Expresiones Culturales Tradicionales, Conocimientos Tradicionales), Patrimonio Documental y Bibliográfico, Patrimonio Industrial , Museos, Archivos, Bibliotecas) **RIIPAC** :

- Regulación y Normativa administrativa, civil, mercantil y penal,
- Derechos de Autor,
- Patentes y Modelos Industriales,
- Marcas, Diseños,
- Know How
-
- Derechos Humanos.

II.- SECCIONES DE LA REVISTA

- Artículos
- Comunicaciones cortas y reseñas bibliográficas
- Novedades: Eventos y Enlaces recomendados

III. - ESTRUCTURA DE LOS ARTICULOS

Los Artículos redactados en idioma español o inglés seguirán el siguiente formato:

1. - **Título del trabajo:** Arial 14, centrado y en mayúsculas.
- 2.- **Nombre completo del autor o autores:** Arial 12, centrado. El nombre propio en minúsculas y los apellidos en versales. Se acompañará de un pie de página (*) con indicación de su lugar de trabajo o actividad académica (y, en su caso, la dirección electrónica y dirección postal)
- 3.- **Resumen,** entre 250-500 caracteres, en los idiomas español e inglés.
4. - **Palabras clave:** entre cinco y diez palabras, separadas por guiones en los dos idiomas anteriormente citados.
- 5.- **Extensión y Formato de textos:** Los textos deben tener una extensión no superior a las 30 páginas, con los márgenes que incorpora por defecto Word.
6. - **CUERPO DEL ARTICULO:** El cuerpo del artículo se redactará (en español o inglés) escrito con letra Arial 12, texto justificado, espacio sencillo (tanto en texto como en notas). Con sangría de 0,5 puntos en primera línea. Los títulos de los diferentes apartados, si los hubiera, deberán ir en minúscula y cursiva precedidos de la correspondiente numeración (1; 1.1.; 1.1.a).
- 7.- **Notas al pie** se redactarán en Arial 10.
8. - **Bibliografía.** El formato de la Bibliografía al final (si se incluye) será el siguiente:
 - 8.1. - Publicaciones impresas
 - (a) Libro: Apellidos, Inicial del nombre. *Título en cursiva*. Ciudad: Editorial, año de publicación.
 - (b) Capítulo de libro: Apellidos, Inicial del nombre. "Título entre comillas", en Inicial del nombre Apellidos. *Título del libro en*

cursiva. Ciudad: Editorial, año de publicación.
(c) Artículo: Apellidos, Inicial del nombre. "Título entre comillas". *Nombre de la revista en cursiva*, vol. de la revista, número (si lo hubiera), año de publicación, pp.
8.2.- Publicaciones electrónicas: no irán subrayadas, ni llevarán hipervínculo. El formato es igual que el de las publicaciones impresas añadiendo tras el punto final [En línea: <http://www.>].

IV.- ESTRUCTURA DE LAS COMUNICACIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Las comunicaciones cortas y reseñas bibliográficas llevarán la misma estructura indicada más arriba, a excepción del nombre del autor, su Universidad y correo electrónico, que se recogerán, aparte, al final del texto con justificación a la derecha, tal y como se ilustra a continuación:

Ejemplo:

Lourdes Labaca
UPV/EHU
marialourdes.labaca@ehu.es

Las reseñas deberán de ser de libros publicados en los últimos cuatro años al nº en curso de la revista donde se recoja. Es decir, en el nº 1 de noviembre 2012, las reseñas bibliográficas corresponderán a libros aparecidos en 2009, 2010, 2011 y 2012.

V. CRONOGRAMA Y FRECUENCIA DE PUBLICACION ELECTRONICA

RIIPAC es una publicación electrónica de periodicidad semestral cuyos números anuales ascenderán a un total de dos. El Comité de Dirección se reserva el derecho de emitir números especiales o de modificar la frecuencia de publicación.

El cronograma de RIIPAC será el siguiente:

CONTRIBUCIONES RECEPCION	ACEPTACION	PUBLICACIÓN
Septiembre	Octubre	Diciembre
Marzo	Abril	Junio

Los autores interesados deben enviar sus textos en formato .DOC a: marialourdes.labaca@ehu.es acompañado de un resumen actualizado de su *curriculum vitae*. Igualmente, el envío de las reseñas y comunicaciones de actualidad puede dirigirse a marialourdes.labaca@ehu.es.

VI. POLITICA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, DE USO y CITACION RIIPAC

La revista se publica electrónicamente, en abierto, con carácter gratuito, siendo accesibles las contribuciones en formato HTML y PDF. El Consejo de Dirección enviará al autor una vez aceptada su contribución el documento de Licencia personalizada en los términos necesarios para publicar en Internet en un sistema abierto.

El autor mantiene la titularidad / propiedad de los derechos de explotación sobre su contribución. El usuario de RIIPAC puede efectuar reproducciones, descargas y copias no comerciales de las contribuciones de la revista.

El usuario, si utiliza contenidos de las contribuciones de RIIPAC en cualesquiera de sus creaciones, documentación, informes, informaciones deberá citarlas siguiendo el formato siguiente: Apellidos, Inicial del nombre del Autor. "Título entre comillas", RIIPAC, vol. de la revista, número (si lo hubiera), año de publicación, pp. [en línea] <http://www.eumed.net/rev/riipac>

www.eumed.net/rev/riipac

ARTICULOS

- **Protecting Intangible Cultural Expression in Ireland**
CLARCK, Robert 1
- **Gestión de Documentos, Gestión Documental y Procedimiento Administrativo. La Ley 7/2011 de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental en Andalucía**
CRUCES BLANCO, Esther 36
- **Biobancos e Investigación Biomédica. Algunas reflexiones a la luz de la normativa española**
GOMEZ JIMENEZ, María Luisa 58
- **Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España**
HERNANDO COLLAZOS, Isabel 74
- **La protección del Patrimonio Etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: especial referencia al País Vasco y Andalucía**
LABACA ZABALA, María Lourdes 105
- **Las Sociedades Cooperativas y la actividad económica en torno al Patrimonio Cultural**
RODRIGUEZ ALVAREZ, María Pilar 149

COMUNICACIONES - RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- **La actividad profesional en Arqueología de servicios**
MAGARIÑOS SANCHEZ, Jaime-Max..... 177
- **Reseña Bibliográfica: ALVAREZ GONZALEZ, E.M., La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático en España, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.**
CASTRO LOPEZ, María del Pilar..... 189

NOVEDADES: EVENTOS - ENLACES RECOMENDADOS

- **Propuestas de Eventos, Libros y Enlaces a revistas**
LABURU, Arantza 199

**Número 2.
Junio 2013**

www.eumed.net/rev/riipac



PROTECTING INTANGIBLE CULTURAL EXPRESSION IN IRELAND¹

Robert CLARK^{2*}

ABSTRACT: Irish cultural activities, structures, patterns of living and expressing the human condition are distinct and yet methods of protecting the existence and integrity of that culture require re-evaluation at this time. International standards of protection are evolving and developing with the conclusion of new texts such as the Beijing Convention 2012 and the 2005 Council of Europe Convention (Faro) extending protection for performers and intangible cultural expressions respectively. Ireland has yet to update national legislation to take account of developments that post-date the 1972 UNESCO Convention in respect of intangible cultural expression. In the first part of this article the author addresses the range of international legal instruments that provide legal standards of protection from both intellectual property and cultural protection perspectives. In Part two of the article the author engages with the debate over the extent to which copyright and related rights such as performer's protection and database rights may provide some means of responding to threats to the existence and integrity of intangible cultural expressions. After reviewing recent case-law from Ireland and the United Kingdom he concludes that public domain materials can be used to create new and derivative works (Sawkins, Fisher v. Brooker) and that in some instances contributions by performers may not be protected or recognised via copyright at all (Gormley, Barrett). In general, copyright is not intended to apply for cultural protection purposes although database rights may be valuable but ill-suited to the task at hand. In Part three

En caso de cita, CLARCK, R. "Protecting Intangible Cultural Expression in Ireland". *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 1 a 35 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹ Leading texts include Indigenous Heritage and Intellectual Property, Second Edition (ed.) von Lewinski (2008); Intangible Heritage (ed.) Smith and A Kagwa (2008); Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property (ed.) Kono (2008); Art as Cultural Heritage: Law, Policy and Practice (ed.) Hoffman (2009).

² Emeritus Professor of Law, University College Dublin

of the article the author considers what existing Irish law protects, concluding that, while tangible expression is recognised and protected via cultural institutions, intangible expression is not overtly recognised outside the realm of folklore. The folklore provisions in the Copyright and Related Rights Act 2000 do not provide adequate protections. The author argues for Ireland to not only adhere to and ratify the Faro Convention but that Ireland should allow cultural institutions and representative organisations who can satisfy the High Court as to *locus standi* to seek judicial remedies when intangible cultural expression is damaged by misrepresentation or misappropriation.

KEYWORDS: Intangible and tangible cultural expression – treaty law – UNESCO – Council of Europe – Copyright – design law – folklore – Ireland – Faro Convention – *locus standi* – Ireland – inadequate resources.

PALABRAS CLAVE: Expresiones Culturales tangibles e Intangibles – Tratado – UNESCO – Consejo de Europa – Derechos de Autor – Diseño – folclore – Irlanda – Convención Faro – *locus standi* – Irlanda – recursos inadecuados.

SUMMARY. Introduction. 1. The Wider Content. 1.1. Cultural Expression Protection and Intellectual Property Law – Some Overlap. 1.2. Some International Law Aspects of Cultural Heritage Obligations. 1.2.1. Tangible versus Intangible Expression. 1.2.2. Performers Rights. 1.3. Intangible Cultural Heritage Explained. 1.4. WIPO Developments. 2. Indigenous Heritage and Copyright Issues. 2.1 Copyright Protection – Fixation, Originality and Authorship Requirements. 2.2. Public Domain Works. 2.3. Unauthorised Use of Works. 2.4. Database Protection as a Possibility. 3. Some Irish Issues. 3.1. Performance of Folklore under CRRA 2000. 3.2. Existing Measures are Wholly Inadequate. 3.3. Irish Resources. 4. Conclusion

Introduction

Ireland clearly has a long and rich tradition in terms of its diverse heritage that encompasses buildings, objects, archaeological discoveries and language. Language gives rise to oral traditions that are carried forward in terms of cultural conversations, patterns of speech and modes of living. The social, ethical and religious practices and beliefs of Irish people are both constant and in a state of flux, conditioned, as even these core values are, by political, social and theological events. Biblical scholarship shows that even the Christian Bible has and is an evolving text.³ When Yeats collected both oral and earlier written forms of fairy and folk tales⁴ he also engaged in acts of authorship.⁵ Amani⁶ points to the links between Ireland and Romania in relation to folk tales of the

³ Did Jesus Christ really have a wife? www.guardian.co.uk/world/2012/sep/79/Jesus; Holy Matrimony” Sunday Times September 23, 2012.

⁴ *Fairy and Folk Tales of the Irish Peasantry* (1888).

⁵ Previously published tales (e.g. Lady Wilde) formed part of Yeats's collection, while notes and introductory materials he added were original copyright works.

⁶ *Fact, Fiction or Folklore* [1999] IPJ 237 at 238.

living dead and speculates on the impact of folk beliefs for Joseph Sheridan's Carmillia and Bram Stoker's Dracula but neither Sheridan or Stoker were denied any intellectual property rights by plundering the cultural traditions of what the Council of Europe would see as examples of "a common European cultural heritage".⁷ The publication by JM Singe of his great play, The Playboy of the Western World, written from a story Singe heard on the Aran Islands caused riots in Dublin in 1907 and in New York in 1911.

The 'Playboy' riots were in part the reaction of persons with an idealised and nationalist sense of how Irish men and women would react in a given situation.⁸ Cultural heritage and its use and abuse, in other words, are powerful forces with economic value to those who deploy or take from it, but users have responsibilities too. These simple truths are explored in this article in the hope that a debate can be stimulated in Ireland on the most appropriate mechanisms that we should adopt in protecting all forms of cultural heritage, whether tangible or intangible, fixed or ethereal, static or in performance.

Although we shall see that standard intellectual property concepts do not readily apply to intangible cultural expressions - the way a community engages in everyday living, methods of painting, dancing or creating objects, celebrating or ritualising human experiences, and so on - it is important to note that intellectual property licensing practices recognise the importance of such phenomena. Trade secrets can be licensed. Licensing agreements specifically require the transfer of techniques and even skilled personnel to demonstrate or train the assignee or licensee in matters that are not disclosed or disclosable, in a patent, for example. Such parts of an intellectual property licence are often described as "know-how" or "show-how" provisions. If licensing practices recognise and value this kind of skill or knowledge, it is surprising perhaps that positive law has significant difficulties in this respect. Intangible cultural expression in Ireland can consist of local or regional patterns of speech or language and storytelling: the focus is on the teller of the folk story rather than the story itself. In relation to music the attention is to be drawn to the way a musical instrument is made or played rather than on the music itself. For the craftsperson the use of traditional methods of composition such as the choice of fabric, clay, shape and colours used will both constrain and stimulate the way in which an object is composed and even developed along with the weft and weave of social and cultural patterns of human development.

The Objectives of this Paper

This article is written from the perspective of an intellectual property lawyer without any deep understanding of the wider international cultural heritage debates. There is no attempt made here to engage with any rights based

⁷ Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage For Society Faro 27..2005. Blake, On Defining the Cultural Heritage (2000) 49 ICLQ61 has some telling observations on the political dimensions of supposed shared cultural heritage amongst nations and states.

⁸ Even Singe's text has been reinterpreted in a collaboration between Irish writer Roddy Doyle and Nigerian Bisi Adigun, and located in West Dublin: Arambe Productions 2007, first mounted in 2007, the centenary of the original 1907 Abbey staging.

analysis – whether cultural property as a human right should be the point of departure, for example – and the largely US focussed debate on whether cultural protection can be secured in the courts, in the absence of any identifiable property rights, appears to this author to be a rather sterile one that may well only be of value in designing a jurisprudence masters course. The present article seeks to stimulate an agenda within Ireland based upon an appreciation of how cultural heritage protection has been promoted within an international law context and to advance the realisation that if intangible cultural heritage/expressions of folklore are to be able to withstand globalisation pressures and inappropriate exploitation, legal norms will have to be modified or new ones built. While much of the debate on indigenous local peoples is peripheral to Irish conditions, the wider context is nevertheless of considerable interest in teasing out issues and possible solutions.

Rights based discourses for protecting the integrity of traditional knowledge and culture, particularly in indigenous communities, are made all the more difficult because of the complexity of the subject matter. The subject “traverses not only the boundaries between properties – real, personal and intellectual – but also the boundaries between international, domestic and tribal law”.⁹ Some scholars favour a change based on a stewardship model rather than traditional ownership models and the debate in the USA must be seen in this light¹⁰, as well as the fact that some of the most egregious cases of cultural despoliation seem to occur in the USA.¹¹ Australian courts¹² have appeared the most flexible defenders of indigenous peoples, using collective ownership and fiduciary obligations concepts that mirror a cultural stewardship model. In contrast, Gallison¹³ examined Canadian law in relation to the protection of native peoples and the preservation of oral traditions and found the law, in 1992 to be inadequate at both an individual and collective rights level. Looking at this in a NAFTA context in 1997, Amani described the Canadian legislative as “wilfully blind to legitimate cultural demands”¹⁴. Irish law currently mirrors the limited provisions found in UK law but this author believes that some foundations can be built upon, once the shortcomings of existing law are identified. WIPO itself summarises the kinds of situation where traditional knowledge and indigenous cultural expression collide with commercially astute but culturally insensitive utilisation – “indigenous art copied onto carpets, T-shirts and greetings cards, traditional music fused with techno-house dance

⁹ Carpenter, Katyal and Riley, In Defense of Property 118 Yale L.J. 1022 at 1025 (2009). This article is extremely critical of the more traditional property based critique of indigenous intangible property set out in Mezey, The Paradoxes of Cultural Property 107 Col. L. Rev. 2004 (2007). For general reading see Daes, Intellectual Property and Indigenous Peoples 95 A. S. Int. Proc. 143 (2001). Kuruk, Cultural Heritage, Traditional Knowledge and Indigenous Rights [2004] MqJLIC Env Law 5. See Chapter 7 of Helfer and Austin, Human Rights and Intellectual Property (2011) (CUP) for a useful set of source materials.

¹⁰ E.g. Carpenter, Katyal and Riley (op cit) argue coherently for the notion of custodial duties being used to control use, this being divorced from notions of ownerships or property as matters of collective obligation and practical necessity.

¹¹ See Riley, Recovering Collectivity 18 Cardozo Arts and Ent. L.J. 175 at 177 (2000) citing the “Song of Joy” theft from the Ami people.

¹² Bulun Bulun v. RoT Textiles (1998) 41IPR; Blakeney [1995] EIPR 442 explains the broader historical links to Aboriginal culture and ownership concepts.

¹³ Appropriation of Aboriginal Oral Traditions (1995) 29 UBCLR 161 at 181.

¹⁴ [1999] IPJ 237 at 300.

rhythms to produce bestselling “world-music” albums; hand-woven carpets and handicrafts copied and sold as ‘authentic’; the process for making a traditional music instrument patented; indigenous words and names trademarked and used commercially”¹⁵.

To an extent this article is an example of the kind that Michael Brown disparaged in 2005. After noting that lawyers have done much of the “heavy lifting” in respect of providing critiques of cultural appropriation because of the need to deter or provide compensation via legal rules, he wrote:

*“A typical article on law and intangible heritage goes something like this. The author notes the injustices arising from the ability of outsiders to alienate elements of traditional knowledge or expressive culture at will, largely because folklore is legally defined as residing in the public domain, where it is accessible to all. There is then a review of ways that existing intellectual property law might be modified to encompass folklore and traditional knowledge – say, by making it subject to trade-secrets statutes, broadening the definition of trademark, or by inventing marks of authenticity for folklore products. This is followed by a systematic survey of other areas of law that might offer additional protections; land titling, anti-defamation statutes and notions of group libel, historic-preservation law, civil-rights law, legislation mandating the repatriation of human remains and sacred objects, and international human-rights protocols. The prototype article closes by observing that none of these legal strategies fit the circumstances of intangible heritage particularly well and that it probably makes sense to create new sui generis regulatory regimes to meet the specific needs of traditional communities, especially indigenous ones.”*¹⁶

Michael Brown, as an anthropologist, rejects many of the assumptions that legal discourse imposes on cultural heritage problems. Culture is not static and capable of being placed on a tangible footing as diversity is a core feature of cultural phenomena. The fixation of cultural heritage actually assists in the commodification of cultures and unauthorised appropriation. This is no doubt true in respect of what a copyright lawyer would see as an unauthorised recording of the performance of a work of folklore, but there are two responses to this, at least in legal terms. Firstly, many national laws, and increasingly international treaty law, especially in the form of the Beijing 2012 Treaty¹⁷ are providing some protection against the unauthorised recording of performances of folklore. Secondly, it is arguable that minor adjustments to some aspects of existing law (certainly in Ireland) might well forestall the need for new sui generis regulatory regimes in respect of intangible cultural heritage.

¹⁵ IPO Booklet No. 1: Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore p.1.

¹⁶ Heritage Trouble: Recent Work on the Protection of Intangible Cultural Property (2005) 12 IJCP 40 at 44-45; his best known text is Who Owns Culture? (2003). Like Lawrence Lessig, Brown is an enthusiast for non-proprietary solutions to information flow difficulties, hence his promoting of “cultural and intellectual commons”.

¹⁷ Adopted at WIPO by the Diplomatic Conference on the Protection of Audiovisual Performances, Beijing, June 24, 2012.

Having explained this author's motivation and objectives that have led to the production of this article, we move on to explain the structure of the article. There are three parts. In part one an effort is made to identify overlaps between on-going debates on copyright and cultural expression protections and the wider international law considerations. In part two we stress how copyright protection is not an obviously easy means of protecting cultural expressions. In part three, the underdeveloped state of Irish law and the limited Irish national debate is deprecated, with a modest proposal for developing a pragmatic response being outlined.

1.- THE WIDER CONTENT

1.1. Cultural Expression Protection and Intellectual Property Law – Some Overlap

Peter Yu¹⁸ provides a useful summary of the differences between the forms and goals that intellectual property law and cultural property norms take and pursue. Intellectual property allows rights holders to control the creation of objects such as texts, and their reproduction. Value can reside in duplication. In contrast, copies of cultural objects are of comparatively little value. Cultural relics are protected under law in order to ensure the objects themselves are preserved and authenticated. Cultural property protection is typically a matter of legitimate interest to countries that are culturally diverse and rich in artefacts – China is oft cited in this regard. Intellectual property legislation does not seek to preserve cultural heritage and it is no accident that “IP rich” jurisdictions such as the USA are not similarly rich in relation to laws protecting cultural relics.¹⁹

Finally, ownership of cultural property is often collective rather than individual. Yu also draws attention to some similarities – for example he sees the authentication agenda in cultural property to be reflected in moral rights issues under the Berne Convention and he says that enforcement and anti-piracy measures raise similar issues. We can agree that there are differences and similarities and that attention must be paid towards the development of a new international framework for the protection of intangible cultural heritage by drawing from both cultural relic protection regimes and intellectual property law²⁰.

Just as there is an on-going controversy over the effectiveness of using copyright law in order to protect rights owners in respect of digital content, there are strong differences of view held about whether cultural heritage protection can ever be effective when the subject matter is intangible. Registration

¹⁸ Cultural Relics, Intellectual Property and Intangible Heritage 81 Temple L.R. 433 (2008).

¹⁹ Yu, *ibid* at p 448. This is an assertion that might be disputed. The USA is a party to International Conventions and UN Declarations on cultural heritage but National law in the USA is largely unresponsive to intangible cultural expression protection via intellectual property or sui generis measures. Views commonly disparaged as “Political Correctness” or peer pressure are often helpful enforcement mechanisms. See the recent US controversy over the No Doubt pop video and native American exploitation: “No Doubt exploiting ‘hot’ native American stereotypes is never OK” *Guardian* November 6, 2012.

²⁰ Yu, *ibid*, at 506.

mechanisms that may be suitable in an analogue world simply do not work in relation to the intangible or evanescent. It is also fundamentally unfair to deny access to, and the use of, cultural expressions that no person can assert ownership rights over, so the argument goes.

Another overlap between the contemporary debates on copyright law and intangible cultural heritage protection is the existence of a diverse lobby arguing that protection under both regimes “locks up” works, objects and cultural materials, hindering innovation and denying freedom of expression. The correct response is said to be to limit the scope and duration of any exclusive rights or abolish them altogether: the commodification of rights over works and cultural heritage leads to protected expression falling into the “wrong” hands – publishers, media barons, museums and archives, often wealthy multinationals being dominant within a market or activity.

But if copyright is to be replaced by some limited exploitation right, for example, a right to exploit a work for only a matter of months (in the case of very popular works) with the separate exploitation right being restricted to the creative work itself (rather than similar works) we are faced with the question of whether such a scenario would protect cultural expressions or leave cultural expressions susceptible to a free-for-all. Advocates of such a libertarian position such as Joost Smiers²¹ appear to do so in order to free up the public domain so as to resist the trend towards monopoly that cultural industries in the West currently enjoy. The objective here is to open up all forms of performance and artistic expression, freeing creativity from intellectual property rights. But, viewed from the viewpoint of the persons charged with the task of protecting cultural expressions, replacing what Smiers describes as “cultural imperialism” and “cultural piracy”, in the control of “western cultural conglomerates”, with anarchy at the level of international law (and a rather optimistic faith in negotiated agreements within specific creative sectors in a given culture)²² affords no guarantee of the preservation of cultural identity and the integrity of cultural expressions.

The balance between fostering creativity and preserving integrity and authenticity is a difficult one to draw, but, living cultural traditions are not to be found, much less confined, to museums for this must be possible if, as Smiers suggests, “creative adaptation would become widely accepted again”.²³ Cases in which individuals have appropriated cultural expression for personal gain suggest that collective ownership of culture and its incidents is a powerful

²¹ Arts under Pressure. Promoting Cultural Diversity in the Age of Globalisation (2003); Creative Improper Property, in Macmillan, New Directions in Copyright Laws Vol 1 (2004) (hereafter Macmillan).

²² Australian Aboriginal rights activist Terri Janke, author of Indigenous Intangible Cultural Heritage and Ownership of Copyright, in (ed. Kono) Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property (at p. 159) pointed to the use of contracts to establish and clear rights, the placing of conditions of access on archives and the drafting of protocols in respect of the use of distinct forms of cultural expression. He continues, at page 186 to say that: “Despite the widespread use of the above measures, Indigenous people still call for the Australian law to recognise their rights to traditional cultural expressions, in the same way that recognition is given to the rights of copyright owners, by requiring that their prior informed consent be obtained before use”.

²³ Smiers, in Macmillan, p. 3.

counterweight to the appropriation by individuals of rights in all forms of expression. This writer agrees with Smiers when he asks, rhetorically,

*“has creative adaption not been the practice and driving force of all cultures everywhere in the world?”*²⁴

However, for cultural preservation purposes even limited property rights remain important in enabling a community to resist piracy and unauthorised appropriation, whether from within the community or from external threats. In the absence of copyright being abolished, as Smiers rather optimistically hopes, copyright and performing rights will continue to serve for such purposes when litigation is envisaged, especially in a Berne/Rome Convention and TRIPs context. And, if anti-infringement litigation is to succeed, cultural fixations by different users will have to withstand challenge and scrutiny. It is becoming clear that the digital capture of works within copyright and cultural heritage objects, performances, and other ephemera for archiving purposes will not necessarily satisfy a recording or preservation agenda. Digitisation has a “build in obsolescence” problem that UNESCO²⁵ and critics like Michael Brown recognise.²⁶

1.2. Some International Law Aspects of Cultural Heritage Obligations

1.2.1. Tangible versus Intangible Expression

Emphasis on the protection of cultural heritage as transcending the individual interests of Nation states exists in the literature²⁷ but one learned author has concluded that States owe customary peacetime obligations in respect of cultural heritage situated on their territory; whether the state be a party to the World Heritage Treaty or not; the only recourse when cultural objects are threatened however is via diplomatic pressure.²⁸ The distinction between cultural heritage obligations owed by States in peacetime and in time of war reflects the importance of the 1954 *Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* in relation to moveable and immoveable property.²⁹ World War II however was also important in stimulating statements of principle vis-à-vis human cultural property. International Law affords some high level statements concerning the rights of individuals in relation to cultural expression. Article 27 of the United Nations Universal Declaration of Human Rights³⁰ declares:

“Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and

²⁴ Ibid.

²⁵ See the UNESCO Charter on the Preservation of the Digital Heritage (2003).

²⁶ *Who Owns Culture*, page 48.

²⁷ E.g. O’Keefe, (2004) 53 ICLQ 189. Francioni, *Beyond State Sovereignty* (2004) 25 Mich. J.I.L. 1209.

²⁸ O’Keefe (op cit).

²⁹ For World War II and looting of cultural property see Lynn Nicholas, *The Rape of Europe* (Knopf, 1994). The 1907 Hague Convention, articles 46, 47, 51 and 52 had provisions that were relevant to pillage and confiscation of property.

³⁰ 1948.

its benefits. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."

Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights³¹ builds upon Article 27 by requiring States Parties to recognise and realise the cultural rights of individuals by taking steps which are "necessary for the conservation, the development and diffusion of science and culture".

International law norms that can protect cultural property originate from diverse backgrounds such as the laws of war, human rights norms as well as some intellectual property texts. For example, the Berne Convention itself, in Article 15(4) provides a mechanism whereby Member States may designate a competent authority to exercise powers to protect unpublished works when the identity of the author is unknown. While the word "folklore" is not used in the text this part of Berne, (as well as article 2(2), which makes fixation requirements a matter of national competence) is important³² in suggesting that the international copyright system per se is not hostile to, or incompatible with, cultural heritage protection.

In recent months the International Community has made progress in respect of providing performers rights and moral rights protection for Audio Visual Performers. *The Beijing Treaty Audio-visual Performances* (2012)³³ applies to, inter alia, performers of expressions of folklore, and the economic rights afforded to performers include authorisation and communication to the public of "live" (unfixed performances), the reproduction of fixations of performers, distribution and rental rights and a making available right (e.g. over the internet). Moral rights of paternity and integrity are also afforded. Article 11 has a flexible provision allowing States to afford either exclusive rights or a right to equitable remuneration to the broadcasting and communication to the public of fixed performances.

Heritage preservation standards in International law mark the link between cultural identity and historical forms of tangible human achievement. The 1972 *UNESCO World Heritage Convention* is of key importance, following on from a series of international texts that asserted the need to preserve architectural and other human cultural achievements. Early texts include the *Athens Charter for the Restoration of Historic Monuments* (- 1931)³⁴ and the *International Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites*, the Venice Charter of 1964.³⁵

³¹ 1966.

³² See Ricketson and Ginsberg, *International Copyright and Neighbouring Rights* p.513 (OUP, 2006).

³³ Adopted by the Diplomatic Conference on the Protection of Audio Visual Performances, Beijing, June 24, 2012.

³⁴ Adopted at the First International Congress of Architects and Technicians of Historic Monuments, Athens, 1931.

³⁵ Adopted at the 2nd International Congress of Architects and Technicians of Historic Monuments, Venice, 1964. The sponsoring body is the International Council on Monuments and Sites – see www.international.icomos.org. In Ireland see www.icomos.ie

The *UNESCO Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage* proved to be a vitally important text insofar as this 1972 Convention created structures and mechanisms for defining and classifying cultural heritage, as well as ostensibly protecting heritage properties. The cumulative effect of emphasising the importance of buildings and sites on the 1972 convention was summarised by Janet Blake³⁶ who, after citing³⁷ an anthropological definition of culture, said that the definition is

“far too extensive and inclusive to be of use as the basis for defining the “culture” at the root of cultural heritage legislation. It does, however, underline the existence of a strong intangible element to culture and it is clear that the material culture – the apparent subject of most existing cultural heritage legislation – makes up only a part of all that might be regarded as “culture”. Cultural heritage is obviously a more limited category than that of “culture”, with “heritage” acting as a qualifier which allows us to narrow it down to a more manageable set of elements. The concept of “heritage” also provides one of the central characteristics of the phrase which determine its legal significance. It would include such elements as the “material culture, ritual culture, symbolic culture” and even “language-as-culture, values, beliefs, while, in some circumstances, “ideas ideologies, [and] meanings” might also be included. Clearly a useful definition of cultural heritage for the purposes of this study cannot include “everything in society”. Rather, our understanding of the term will be gained by understanding the relationship between cultural heritage and culture itself. It is the symbolic relationship of the cultural heritage to culture in its widest sense (culture-as-society) which is central to understanding the nature of cultural heritage.”³⁸

Blake’s observations are valuable in cautioning against accepting an over-broad subjective assessment of cultural heritage whilst pointing out that a separation between cultural buildings and landscapes and how human societies live within them is artificial and impractical.

The emphasis placed in the 1972 UNESCO Convention on buildings, objects, landscapes and tangibles generally was later identified as a source of under-protection of cultural heritage.³⁹ The 1994 Report of the World Commission on Culture and Development⁴⁰ drew attention to the shortcomings of a definition of heritage that focused on highly symbolic objects, leading to popular and prosaic forms of everyday cultural expression being ignored and undervalued. Protection values of authenticity, it has been claimed, further tilted the perception of “value” towards the materials, the workmanship, status and design of heritage objects, while ignoring cultural settings, social structures, ways of

³⁶ On defining the Cultural Heritage (2000) 49 ICLQ 61

³⁷ That of GM Sider in Culture and Class in Anthropology and History (CUP)(1986) p.6.

³⁸ (2000) 49 ICLQ 61 at 68.

³⁹ Contrast the definition of architectural property in article 1(a) of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Conflict (the 1954 Hague Convention).

⁴⁰ Our Creative Diversity (1994) (UNESCO). The expert meeting on the Global Strategy in 1994, the Nara Declaration on Authenticity (1994) caused a sea change in relation to these issues. See Munjeri, Tangible and Intangible Heritage (2004) 56 Museum International 12.

life, beliefs, systems of knowledge, representations of different past and present cultures throughout the world. The shift is a largely anthropological one but the relationship between the protection of physical heritage and intangible heritage must be understood. The International Council of Movements and Sites, the sponsoring body for both the Athens and Venice Charters has provided a pithy summary:

“The distinction between physical heritage is now seen as artificial. Physical heritage can only attain its true significance when it sheds light on its underlying values. Conversely, intangible heritage must be made incarnate in tangible manifestations.”⁴¹

Márilona Alivizatou summarises the transition from the 1972 Convention to the 2003 intangible cultural heritage convention extremely well:

“Once the 1972 World Heritage Convention came into force, and the prestigious World Heritage List began to be populated, the international community was faced with a rather disturbing fact. What had been defined as world heritage or the cultural heritage of humanity did not actually represent the whole world, but rather adhered to a predominantly Western ethos of scientific and historical authenticity. As a consequence the majority of the sites on the World Heritage List were archaeological sites, cathedrals, and historic town centres situated in Europe. For a significant number of UNESCO member states the World Heritage Convention and List were thus considered excluding and contributing to the perpetuation of the West and non-West divide. Moreover, they suggested that nations without monuments and sites falling within the criteria of the Convention were people without a heritage.

It was largely against this backdrop that a more inclusive definition of cultural heritage was sought; one that in principle would not prioritise Western canons of authenticity and materiality, but that would be able to encompass more subtle processes of intergenerational transmission through the human body. Here earlier efforts by Japan and Korea in the 1950s and 1960s to protect folk traditions and cultural practices were an important source of legislative inspiration. By the early 1990s it was thus officially recognised that the cultural heritage of humanity is not only embodied in monuments, sites, and material relics of the past.”⁴²

UNESCO policy is aimed at clustering intangible cultural heritage into five broad domains:

- Oral traditions and expression, including language as a vehicle of intangible cultural heritage;
- Performing arts;

⁴¹ See Munjeri, (2004) 56 *Museum International* 12 at 18.

⁴² *Intangible Cultural Heritage and Erasure* (2011) *IJCP* 37 at 38-39. For a good treatment of the 2003 Convention see Kono in *Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property* *op cit.* p.3-39.

- Social practices, rituals and festive events;
- Knowledge and practices concerning nature and the universe;
- Traditional craftsmanship.

As UNESCO point out, this classification is inclusive rather than exclusive and the practice within different communities must be recognised: it is,

*“difficult, if not impossible, to impose rigid categories externally. While one community might regard their chanted verse as a form of ritual, another would interpret it as song. Similarly, what one community defines as “theatre” might be interpreted as “dance” in a different cultural context”.*⁴³

1.2.2. Performers Rights

International Treaty Law provides protection to performers. The most significant Treaty in terms of longevity is the 1961 Rome Convention.⁴⁴ Lack of clarity and the permissive nature of the provisions meant that the Convention was not entirely successful. The 1996 WIPO Performers and Phonogram Producers Treaty is a much more significant text, not least because, unlike the Rome Convention which required performance of literary or artistic works, WPPT applies to folklore.

Article 2(a) provides that performers are:

“actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, interpret or otherwise perform literary or artistic works or expressions of folklore.”

Although there is no definition of “expressions of folklore” in the WPPT, the economic rights that the Treaty affords in relation to unfixed performances are actually quite broad. Performers are to enjoy the exclusive right of authorising “the broadcasting and communication to the public of their unfixed performances except where the performance is already a broadcast performance”, as well as the exclusive right to authorise “the fixation of their unfixed performances.”⁴⁵ So, a live broadcast and streaming of a performance and the fixation of an unfixed performance would, without prior consent, infringe three separate rights. Performers whose performances are fixed in phonograms, that is, sound recordings of performances, enjoy reproduction, distribution and rental rights⁴⁶ as well as rights in respect of the making available of performances fixed in phonograms over the Internet.⁴⁷ Remuneration rights for performers and record companies also exist vis-à-vis phonograms which are broadcast and communicated to the public.⁴⁸

⁴³ www.unesco.org/culture/ich/index.

⁴⁴ International Convention on the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations (WIPO).

⁴⁵ Article 6 WPPT.

⁴⁶ Articles 7, 8 and 9 WPPT respectively.

⁴⁷ Article 11 WPPT.

⁴⁸ Article 15 WPPT.

While these provisions are in some respects stronger than those available under the Rome Convention – in particular the Rome Convention applies only to performers who perform literary or artistic works – it is very much a compromise text. The limited protection given in respect of moral rights to be identified as “the performer of his performances”, and to ensure the performance is not subject to any distortion, mutilation or other modification which would be prejudicial to the performer’s reputation, only apply in respect of live aural performances or performances fixed in phonograms.⁴⁹ Audio visual performances are not protected by the moral rights provisions in the WPPT. But moral rights for performers were not available under Article 6 bis of Berne, nor were moral rights included in the Rome Convention.

However, the conclusion of the Beijing Convention on Audio-visual Performances on June 26, 2012 is a significant step forward. “Performers” are defined so as to include persons who perform expressions of folklore in an audiovisual context. Exclusive economic rights include the right to authorise the fixation of unfixed performances and performers are also to have the exclusive right to authorise the direct or indirect reproduction of their performances fixed in audiovisual fixations. Article 5 of the Treaty is so important that it is here reproduced in full:

Article 5 **Moral rights**

- (1) *Independently of a performer’s economic rights, and even after the transfer of those rights the performer shall, as regards his live performances or performances fixed in audiovisual fixations, have the right:*
 - i. *to claim to be identified as the performer of his performances, except where omission is dictated by the manner of the use of the performance; and*
 - ii. *to object to any distortion, mutilation or other medication of his performances that would be prejudicial to his reputation, taking due account of the nature of audiovisual fixations.*
- (2) *The rights granted to a performer in accordance with paragraph (1) shall, after his death, be maintained, at least until the expiry of the economic rights, and shall be exercisable by the persons or institutions authorized by the legislation of the Contracting Party where protection is claimed. However, those Contracting Parties who legislation, at the moment of their ratification of or accession to this Treaty, does not provide for protection after the death of the performer of all rights set out in the preceding paragraph may provide that some of these rights will, after his death, cease to be maintained.*
- (3) *The means of redress for safeguarding the rights granted under this Article shall be governed by the legislation of the Contracting Party where protection is claimed.*

At first sight this provision appears to add little to the existing moral rights provisions in some national laws such as the Irish Copyright and Related Rights

⁴⁹ Article 5 WPPT.

Act 2000 (which does not preclude moral rights from being available to audiovisual performers) many of the moral rights provisions in Irish law are hedged in by qualifications (e.g. employees are not entitled to enjoy such rights: rights can be adjusted or waived under a contract). It may be that the Irish State may simply use Article 13 of the Beijing Convention on limitations and exceptions to make few, if any, changes to Irish domestic law but on the international front, this Convention is an important one for intangible cultural heritage protection; in terms of general principle the Beijing Convention is an important landmark.

1.3. Intangible Cultural Heritage Explained

Intangible Cultural Heritage is widely seen as being under threat in much the same way that biodiversity is seen as being under attack from a variety of directions. Linguistic diversity and the disappearance of languages and dialects can be compared to pressures on farmers to use plant varieties from the West. In other words, globalisation and intellectual property strengthening via TRIPS, ACTA, etc. are having negative effects. Musical traditions, cultural expression, culinary heritage and patterns of living and the ritualization of beliefs, for instance, must be preserved and catalogued, be the subject of measures aimed at ensuring their integrity and that due respect be paid to such patterns of living and human expression. More controversially, the question whether such forms of endeavour may be open for further exploitation, either within the relevant community, or outside that community, raise complex anthropological and legal questions that generally mirror the current debate on how copyright law should be “liberalised” to facilitate freedom of expression or “innovation” by entities seeking to make use of “expression” (i.e. copyright works) that predate the intended “downstream” use.

In his very helpful Summary of the 2003 Intangible Cultural Heritage Convention, Richard Kurin notes that the shift in terminology away from folklore has a profound impact upon meaning that goes beyond the terminological:

“The term ‘intangible cultural heritage’ replaced less technical-sounding and less culturally charged, but historically familiar, terms such as ‘folklore,’ ‘traditional culture,’ ‘oral heritage,’ and ‘popular culture’. With the Convention, there was also an important shift of emphasis. Intangible cultural heritage was, foremost, living heritage as itself practiced and expressed by members of cultural communities through such forms as oral traditions, song, performance, rituals, craftsmanship and artistry and systems of knowledge. ICH was not the mere products, objectified remains or documentation of such living cultural forms⁵⁰. It was not the songs as recorded on sound tapes or in digital form, or their transcriptions. ICH is the actual singing of the songs.

But it is not the songs sung in any recreated or imitative form - no matter how well-meaning or how literally correct - by scholars, or performers, or members of some other community. It is the singing of the songs by the

⁵⁰ Citing Seitel, 20 Smithsonian Talk Story p.13.

members of the very community who regard those songs as theirs, and indicative of their identity as a cultural group. It is the singing by the people who nurtured the traditions and who will, in all probability, transmit those songs to the next generation.

The definition assumes the agency of a group of people who recognise a particular form of cultural expression as a symbol of their communal identity, who place it conceptually in a self-reflexive category of 'heritage,' legitimised by historical practice and specifically noted as valuable⁵¹. This means that ICH cannot retain its designation as such if it is appropriated by others who are not members of that community - whether they be government officials, scholars, artists, businessmen or anyone else.

The definition also assumes that ICH is articulated with social processes and other aspects of life. It is not something that can easily be isolated from a larger constellation of lifestyles, nor de-articulated from a broader world of ecological, economic, political and geographic interactions⁵²."

The safeguarding of this heritage should take place in museums, archives, universities, etc., and even within the communities themselves. It is the fact that the heritage is living, observed and performed that is all-important. As a living heritage it can be expected to change, not ossify, within the community itself. The Convention itself does not specify who the persons or agencies to be charged with the role of guardians, and Kurin notes that in many communities where particular cultural patterns are under threat, the Government of that Nation State may be the least suitable guardian when genocide or cultural suppression is practiced. Even if a suitable range of guardians can be identified technical and economic resources may be a problem.

UNESCO provide a system of designation of cultural practices and expressions of intangible heritage that are considered to be in urgent need of protection. The Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity is built up from nominations made by States Members and relevant Communities within those States. This process is both awareness raising and a practical protection mechanism. Strict criteria and a nomination process must be observed: 90 "elements" were established in 2008.⁵³ 76 elements were added in 2009, 47 elements in 2010 and 29 added in 2011. While most elements are associated with Asian Communities, particularly in China and Japan, European countries that regularly use this designation mechanism include Belgium, Croatia, France, Italy and several former Soviet bloc countries. Spain has been particularly active; designations are the Mystery Play of Elche (2001), Patum of Berga (2005), Irrigator's Tribunals (Murcia and Valencia (2009)), the Whistled Language of La Gomera (2009), Chant of the Sybil on Majorca (2010), Falconry, a living heritage (2010 with 10 other States) Flamenco (2010), Catalan human towers (2010), with the Festivity of "la Mare de Deu de la Salut" of Algemesi being added in 2011.

⁵¹ Citing Early and Seitel, 21 Smithsonian Talk Story, p.19-21.

⁵² Safeguarding Intangible Cultural Heritage [2007] International Journal of Intangible Cultural Heritage 10 at 12.

⁵³ These were previously designated as masterpieces of intangible cultural expression in 2003.

As Ireland is not a party to the UNESCO 2003 Convention (nor indeed the 2005 Council of Europe Framework Convention) there is no suggestion of what would be potentially designated as intangible cultural heritage in the event of Irish accession.

The experience gleaned from Irish use of the 1972 UNESCO World Heritage Convention may suggest that the UNESCO designation model is unlikely to be used very frequently in Ireland but this is no argument against accession.

Of the 937 world-listed properties and landscapes, the archaeological assembly at the bend of the Boyne and Sceilg Mhichal are the only Irish designations. The Giant's Causeway and the Causeway Coast are the only Irish designations of the 28 United Kingdom designations (some of which are non-UK colonial properties/landscapes).

The UNESCO Conventions start from a human rights basis and progress through buildings, landscapes and objects to the intangible. A similar progression is mirrored in Council of Europe texts. The European Cultural Convention⁵⁴ was intended to supplement bilateral Cultural Conventions and Agreements between Council of Europe States so as to foster the study of languages, history and civilisations of within European states "and of the civilisation which is common to all." Article 5 in particular requires contracting parties to take measures to safeguard and ensure reasonable access to "objects of european cultural value". Other Council of Europe Conventions that deal with Archaeological Heritage⁵⁵ and Architectural Heritage⁵⁶ also provide important heritage preservation and protection benchmarks, but are of course open to criticism that the emphasis is placed on structures and objects rather than the life of individuals and communities. The Council of Europe texts however, are of critical importance however, insofar as the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society⁵⁷ represents the most detailed statement on a European nation State's obligations in relation to digital preservation and dissemination of cultural heritage, this in itself being defined in neutral and expansive terms. Article 2 provides that for the purposes of this Convention

"cultural heritage is a group of resources inherited from the past which people identify, independently of ownership, as a reflection and expression of their constantly evolving values, beliefs, knowledge and traditions. It includes all aspects of the environment resulting from the interaction between people and places through time;"

The Convention also stresses the importance of heritage communities, defined as "people who value the specific aspects of cultural heritage which they wish, within the framework of public action, to sustain and transmit to future generations." Like the 2003 UNESCO Convention, the Faro Convention has a

⁵⁴ Council of Europe, 1954.

⁵⁵ Protection of the Archaeological Heritage (London, 1969) (No. 66) as revised at Valletta 1992 (No. 143).

⁵⁶ Convention on the Protection of the Architectural Heritage (Granada, 1985) (No. 121).

⁵⁷ Faro 2005 (No. 199).

human rights focus but the Faro Convention, in article 6(c) indicates that the Convention is not to create enforceable rights: in European Union language, the Faro Convention does not have direct effect.

1.4. WIPO Developments⁵⁸

Significant work has been done by the WIPO Intergovernmental Committee on Folklore and Traditional Cultural Expression/Traditional Knowledge. Various WIPO texts are in circulation but resolution of the issues appears some way off. It would be tedious in the extreme to summarise the process of negotiation that has attended the work of WIPO on legislating for folklore protection or expressions of cultural heritage. This process began in via the copyright path in Stockholm as part of the Berne Convention revision process (1967-1971) and a UNESCO and WIPO Model Provisions for National Laws template emerged in 1985.

In recent years the two most important texts are WIPO/GRTKF/IC/9/4, prepared in January 2006, a text that has morphed through various processes into WIPO/GRTKF/IC/16/4 of March 22, 2010. The 2010 document consists of three parts, 1., Objectives, 2., General Guiding Principles, and 3., Substantive Principles. Suffice it to say, that the objectives include a desire to recognise the value of, and promote respect for, traditional cultural expression. There is a desire to meet the actual needs of communities, support customary cultures and practices, empower communities and support customary practices, preventing unauthorised IP rights and appropriation and misuse of traditional cultural expression, whilst encouraging innovation, creativity, artistic freedom and cultural diversity. This is a very difficult wish-list to deliver on. The general Guiding Principles also contain conflicting if not contradictory statements, such as a desire to be responsive to the aspirations of relevant communities while respecting international and regional agreements, obligations that are difficult to square if the International Agreements in question are IP texts. The Substantive Provisions, and there are eleven of them, are no doubt deliberately equivocal in regard to key issues such as defining the subject matter of protection, the beneficiaries and the need to comply with formalities requirements. Ireland appears to have no position or profile on these WIPO issues.

The authorship problem is addressed by the WIPO texts. Apart from the requirements for fixation and originality in copyright law, authorship is a further qualifying requirement. Some of the authorship issues overlap with originality, but the central question in relation to cultural heritage of all kinds is whether any one person can legitimately claim to be an author if the cultural expression in question has been handed down from one generation to another. A work that is truly anonymous has no human author who can come forward and claim the statutory copyright. Solutions posed in national legislations and international folklore texts include the recent draft WIPO Folklore Treaty,⁵⁹ Article 2 of which canvasses a range of options. One option is to designate as beneficiaries of protection for traditional cultural expressions the indigenous

⁵⁸ www.wipo.org.

⁵⁹ See www.wipo.org, the document is WIPO/GRTKF/IC/22/4, dated April 27, 2012.

peoples/communities and local communities who “develop, use, hold and maintain the cultural expressions”. A further option is to provide an open ended list of beneficiaries “which may include” a range of communities as well as families, nations and individuals within the designated communities in question.⁶⁰ On this issue of the beneficiary, the possibility that there may be individual/family ownership is likely to prove divisive.⁶¹ The scope of the rights afforded to beneficiaries in Article 3 of the recent draft WIPO Folklore Treaty also contain options which either leave protection of economic and moral interests to national law, “in a reasonable and balanced manner” (option 1) or set out a prescriptive quasi-copyright model combining economic and moral rights provisions by reference to an “adequacy” test (option 2).

The issue of a mandatory registration requirement under any WIPO text also appears difficult to resolve at this time. The copyright system, at least in its International context, does not require rightholders to register copyright although some States (most notably, the USA) make registration an enforcement requirement in certain instances. Indeed, the Berne Convention makes it unlawful for Berne Union Member States to impose a registration requirement in respect of international enforcement of copyright. Formalities are a contentious matter in relation to folklore, particularly in relation to secret or social expressions. Fixation and/or disclosure to a registry of such expression can be compared to putting an inventory of one’s most valuable possessions on an open access website – an open invitation to thieves and robbers. Both the Inter-governmental Committee text and the 2012 draft Treaty recites that as “a general principle the protection of traditional cultural expressions shall not be subject to any formality”. However, the 2012 draft gives a number of instances where formalities may be imposed or required. This appears to be a sensible step but it will raise difficulties of evidence and proof in any dispute, although the Australian case-law suggests that oral and expert testimony will allow these to be overcome.

The Duration Problem must be addressed on a pragmatic basis. Under copyright law, the duration of copyright is a highly contentious matter. Copyright protection for an artistic work lasts for the life of the author plus 70 years after the author’s death. Sound recordings endure for a period of 50 years. A complex system of “measuring lives” determine the duration of copyright in a film. One argument favours assimilation protection of intangible cultural expression into the copyright work that the expression must closely approximate to, mostly literary work, artistic work and dramatic work protection. While many commentators think that copyright protection lasts too long, the general view in relation to cultural expressions is that protection should never expire⁶². A compromise position might be to establish an arbitrary period such as the period for performers’ protection which in EU law is to be set at 70

⁶⁰ The Revised Provisions for the Protection of Traditional Cultural Expression of Folklore, extracted from WIPO/GRTKF/IC/9/4, Article 2 does not directly allow for individuals to benefit.

⁶¹ WIPO/GRTKF/IC/9/4, article 3 has a complex list of misappropriation provisions.

⁶² Article 6, Term of Protection of WIPO/GRTKF/IC/9/4 sets out an open ended duration provision reflecting whether the expression continues to be eligible for protection if it remains secret.

years⁶³ or make use of a term such as that found in Irish law. The Copyright and Related Rights Act 2000, Section 24(2), provides:

“(2) The copyright in a work [literary, dramatic, musical or artistic work] which is anonymous or pseudonymous shall expire 70 years after the date on which the work is first lawfully made available to the public.”

The Beijing Convention is more enigmatic by providing that for audiovisual performances, the economic rights “shall last, at least, until the end of a period of 50 years computed from the end of the year in which the performance was fixed”. Moral rights granted to a performer in Article 5 of the Convention are, following the death of the performer to “be maintained, at least until the expiry of the economic rights, and shall be exercisable by the persons or institutions authorised by the legislation of the Contracting Party where protection is claimed”.⁶⁴

2.- INDIGENOUS HERITAGE AND COPYRIGHT ISSUES

2.1. Copyright Protection – Fixation, Originality and Authorship Requirements

Copyright and copyright related norms are generally regarded as ineffectual in providing copyright protection for expressions of folklore. Lucas-Schloetter⁶⁵ points out that common law jurisdictions generally insist upon the fixation of works of folklore before copyright extends to that expression: this requirement prevents copyright from being recognised where oral traditions alone are used to transfer culture from one generation to another⁶⁶. Furthermore, as the majority of folktales, dances or songs are performed without reference to any prior fixation such as notation of dance steps, etc., these performances are similar to unchoreographed sports events⁶⁷ or firework displays⁶⁸ that of themselves cannot be copyright works. Any visual display which is then recorded on film will attract a film copyright (in the UK and Ireland films are copyright works not just protected as neighbouring rights) as well as broadcast copyrights (e.g. in the event of a “live” broadcast).

Similar questions have been raised in respect of the need for a copyright work to be original. European Union law now makes it clear that the test is whether a work represents the author’s own intellectual creation⁶⁹. At first blush this is a problem for as Farley points out:

⁶³ Directive 2011/77/EU, increasing the period from 50 years after the performance. Transposition into national law must be made by 1 November 2013.

⁶⁴ Beijing Treaty on the Protection of Audiovisual Performances June 26, 2012 (www.wipo.org).

⁶⁵ In von Lewinski, Indigenous Heritage and Intellectual Property (2nd ed) p. 383.

⁶⁶ Citing Riley, “Recovering Collectivity” (2000) 18 *Cardozo Arts and Ent. L.J.* 195.

⁶⁷ E.g. track and field sports; e.g. Australian Olympic Committee v. Big Fights Inc. (1999) 46 IPR 53.

⁶⁸ Nine Network Australian Pty v. Australian Broadcasting Corp. (1999) 48 IPR 333.

⁶⁹ Infopaq International v. Danske Dagblades Forening Case C-145/10; Football Datas and Others Case C-604/10.

“Although folklore can be entirely new, it is most often directly derived from pre-existing works. Folklore is the product of a slow process of creative development. It is not stagnant, but evolves slowly.

Innovation is simply not what is valued in indigenous art. Rather, faithful reproduction is prized. For the most part, the notion of original authorship is foreign to indigenous art and culture. The production of artwork in indigenous culture can best be described as a process of reinterpretation. The emphasis on derivation, and not deviation, from pre-existing works by indigenous artists is a result of the spiritual and educational nature of much indigenous art.

Because of indigenous art's function as a historical and sacred text, innovation is restricted. As a result, artists are often not free to express their inspiration either from God or nature. Rather, the production of traditional art is very restricted. Because the works are so closely connected to sacred thoughts, it follows that these designs must be reproduced faithfully and accurately. Since these art forms are the main means of passing down their religion and their history from generation to generation, it is important that any "artistic license" be kept to a minimum.”⁷⁰

This theme is also emphasised by other eminent scholars who have drawn attention to the unpromising potential behind copyright law as a means of protecting cultural expression from unauthorised appropriation:

In her assessment of the suitability of copyright law as a vehicle for protecting folklore, Lucas- Schloetter wrote:⁷¹

“stretching of the fundamental principles of copyright to deal with the problem of fixation in the common law systems and with originality, authorship and term reveals the inadequacy of this form of protection for folklore as such, Indeed, the obstacle is not merely of a technical nature, but derives from the very concept of copyright. Copyright's raison d'être is to permit the exploitation of intellectual works under the best conditions possible. However, expressions of folklore are not created initially and above all in order to be exploited. It is true that they are of a literary and artistic nature, but they have not been created to reach as broad a public as possible. They were originally intended solely for the community from which they originate and whose traditions and beliefs they embody.

The majority of them are even of a secret nature and are only transmitted from generation to generation through certain members of the community by virtue of their age, their sex or their status, i.e., the position they occupy within the community. Moreover, some of them are of a sacred nature, particularly those that concern rituals. Thus, their function is not to be disclosed outside the community concerned, and

⁷⁰ Protecting Folklore of Indigenous Peoples (1997) 30 Conn L.R. 1 at 22.

⁷¹ In von Lewinski, op cit p.390 (footnotes omitted).

the damage caused by their exploitation against the will of the members of this community is not of an economic, but mainly of a moral nature. As far as concerns the expressions of folklore, the protection of the non-economic interests of the community affected is thus at least as important as, if not more important than, that of its economic interests."

Where an authorship requirement is in place, in common law jurisdictions, it can be met in a variety of ways. In particular, common law jurisdictions such as Ireland and the United Kingdom gloss over the boundary between "true" copyrights and neighbouring rights. Broadcasts, films and sound recordings are regarded as copyright works and the broadcaster, sound recording producer, and the film producer/principal director enjoy copyrights which are limited to actual use of the broadcast, film or sound recording. Rights do not extend to preventing "lookalike" or "soundalike" films or broadcasts. Record companies were unsuccessful in using these rights in the UK courts to prevent "bootleg" recordings of live concerts for this reason.⁷² Copyright in literary and artistic works is much broader however, covering for example, live performance of a musical work. The boundary is closely policed for this and other reasons. "True" copyrights protect authorship while sound recording copyright, for example, recognises investment.

There are provisions in the 2000 Act that are intended to free up exploitation of works which are anonymous or pseudonymous⁷³; it is not an infringement of copyright in a work to undertake acts if it is not possible to ascertain or identify the author of the work by reasonable inquiry and it is reasonable to assume that the copyright has expired.⁷⁴ Similar legislative initiatives in respect of orphan works are under consideration in many jurisdictions, the most noteworthy being the recently agreed E.U. Orphan Works Directive.⁷⁵ The Directive is intended to allow the online access to works within copyright when the owner cannot be located in order to enable authorisation of use to take place. But this initiative does not extend beyond the copyright arena.⁷⁶

However, this kind of development in relation to "folklore", to use the language of the Irish 2000 Act, rather misses the point. Acts of reproduction for the purposes of recording the work of folklore – preservation purposes specifically – are less likely to be controversial than downstream exploitation for personal gain by persons with no tangible or cultural link with the community from which the "work" originated. To use the current buzzword of "innovation", raiding the public domain for the purpose of producing commercial products that clearly contain culturally specific references is not something that traditional

⁷² E.g. Rickless v. United Artists [1988] QB 40 The English High Court in Rickless changed this by holding that performers could use the Rome Convention of 1961 to directly enforce civil remedies that domestic legislation had denied to performers.

⁷³ Section 24(2) of CRR 2000 provides protection in respect of anonymous works for 70 years after the work is first made "available" to the public.

⁷⁴ CRR 2000, s. 88(1). These are based on Berne Convention provisions.

⁷⁵ COM (2011) 289 Final (24 May 2011). Directive 2012/28/EU (October 25, 2012).

⁷⁶ It might be argued that as an anonymous and public domain image or object is not copyright protected, no consent is necessary. This misses the point about the insensitive or commercialising use of cultural heritage and removal of heritage manifestations from any underlying context.

craftspersons, communities and groups can currently contest, absent some underlying misuse of a copyright or a protected design. Indeed, authors like Michael Brown dispute the extent to which communities should be able to challenge downstream use of living cultural expression.

The need for the contribution to be of an “authorship” kind was central to the fate of the claim of Aston Barrett, one of the key members in the legendary Wailers formed in the 1960’s by Bob Marley and Peter Tosh⁷⁷. Aston Barrett claimed ownership of copyright in some musical compositions. His contribution consisted of his distinctive baseline in Bob Marley and the Wailers recordings, what one witness called “a raw haunting sound in which Aston’s bass served not just as a rhythmic marker but also carried the melody of the song, in the manner of a lead instrument”. Aston was also responsible for setting up and running a demo studio, having the role of technician and producer. But such contributions were not authorship contributions to the lyrics or the music, and in the absence of any claims to co-authorship with Bob Marley,⁷⁸ the Barrett claims to copyright failed. Clearly, these contributions were performance contributions but as the sound recordings and the film recordings were with the consent of the performers, any claims in such a direction would have been pointless. Nor were there any sustainable moral rights claims as the court found that the claimant was not an author and there was no claim of subsequent disparaging treatment of any work.

2.2. Public Domain Works

Moving on to consider the question of how material that is not protected by copyright can provide a subsequent user with intellectual property rights, it is clear that adaptations of earlier music such as folk tunes and public domain works will rather easily allow new works and rights to spring therefrom. This fact suggests that once intangible cultural expressions are fixed, at least copyrights in films or sound recordings will subsist. The problem is that those rights will not vest in the persons or communities that provide the source material. One of the urban myths that surround the debate on originality and derivative creations is that because the template against which a potential work is set is within the public domain, anything inspired by that earlier work may not easily attract copyright. In fact, rifling through the public domain and using earlier materials in a creative way can create new copyright works, especially in the area of musical copyright. In Fisher v Brooker⁷⁹, an 8 bar introduction, as repeated, to “A Whiter Shade of Pale”, composed by Fisher was held to constitute 40 per cent of the value of the work as a whole, notwithstanding that it was admittedly adapted from two organ works by J.S. Bach. In Hyperion Records Ltd. V. Sawkins⁸⁰, the plaintiff, a leading musicologist who was an authority on the work of Lalande, a French Court composer who died in 1726,

⁷⁷ [2006] EWHC 1009. One of the Wailers, Junior Marvin testified “the way Bob Marley and the Wailers were at that time [1977], they were more a spiritual type of band. They were more into the One Love facets of expressing themselves and it was not about Babylon system and Babylon style of making money. So I do not feel comfortable to approach him [Bob] in Babylon style fashion. When I say Babylon, I mean Western World, capitalism and stuff like that”.

⁷⁸ Contrast Bamgboye v. Read [2004] EMLR 5.

⁷⁹ Mummery L.J. [2006] EWHC 3239 (Ch) [2006] EWHC 3239(ch); [2009] UKHL41

⁸⁰ [2005] 3All ER 636; [2005] EWCA Civ 56

spent over 300 hours working on neglected Lalande manuscripts, creating performance editions of four Lalande works for a modern orchestra. Those Lalande works could either not be played by a modern orchestra, had parts missing and contained numerous errors which Sawkins corrected. In filling in or correcting each notation, Sawkins relied on his own skill and knowledge of Lalande's body of work.

The English Court of Appeal stressed that the general policy of copyright:

*"Is to prevent the unauthorised copying of certain material forms of expression (literary, dramatic, artistic and musical, for example) resulting from intellectual exertions of the human mind ... copyright can be used to prevent copying of a substantial part of the relevant form of expression, but it does not prevent use of the information, thoughts or emotions expressed in the copyright work. It does not prevent another person from coincidentally creating a similar work by his own independent efforts.... if the claim of Dr. Sawkins to copyright in the performing editions were upheld, that would not prevent other musicologists, composers performers or record companies from copying Lalande's music directly or indirectly or from making fresh performing editions of their own. All that Dr. Sawkins can prevent them from doing, without his consent, is taking the short cut of copying his performing editions in order to save themselves the trouble that he went to in order to produce them"*⁸¹

This is actually quite a tantalising case. The English Court of Appeal clearly held that effort, skill and time expended by Dr. Sawkins meant that new copyright works were created, even if he was working on a score made by another person. The score itself was out of copyright, and Dr. Sawkins himself had no intention of writing any new notes of music of his own. Dr. Sawkins was following a trail laid down over 250 years before by Lalande. The Court of Appeal also rejected an "aura" test of originality in the sense that the fact that his work was scholarly and performer-centric did not preclude copyright. Dr. Sawkin's scholarly input went beyond the editorial, but, as the Court of Appeal pointed out, there is a "relatively modest" level of originality to be satisfied in music copyright⁸² cases.

Sawkins is a rather extreme case of a legal conflict between a putative author and a record company. As the record company focused on recording old works out of copyright, it not surprisingly resisted claims that Dr. Sawkins was entitled to royalties for assisting in the recording of original public domain works. Copyright royalties for a budget label like Hyperion constituted an added cost that from their perspective was best avoided. A not dissimilar situation arose in Gormley v. EMI Records (Ireland) Ltd.⁸³ In 1961, the plaintiff, then a schoolgirl aged 6 or 7 years, was told Bible stories in class: she, along with other children gave her ex tempore version of the story that had just been related to her and the teacher recorded literally hundreds of these retellings on recording tape. Some of the retellings, including some of the plaintiffs, were

⁸¹ [2005] EWCE Civ 56 at paragraphs 28-30

⁸² Per Mummery LJ., paras. 28-31

⁸³ [2000] 1 IR 84

edited and featured on a highly successful sound recording.⁸⁴ The plaintiff asserted copyright in the “work” encapsulated in the sound recording; ownership of the sound recording in itself by EMI was not disputed. The decision itself revolved around whether any underlying work was fixed in a form of notation. The Supreme Court upheld the view that a “notation” covered writing but that an electronic trace was not a form of “notation” recognised under the older Irish copyright statute. But there are deeper issues to be explored here.

Firstly, on the question of originality the Court indicated that any originality here was demonstrated by the teacher who had skilfully tailored down complex Bible stories⁸⁵ so as to be understood and able to inspire very young children. The children themselves were required to stick as closely as they could to the story related to them, minimising the opportunity for original skill and judgment in expression or their form of retelling.

Secondly, any originality evinced by the child was minimal. The plaintiff had described Judas Iscariot as an informer, that “*dirty auld squealer*”, but, colourful as the phrase was, the Supreme Court held that there can be no copyright in a phrase, as such. Furthermore, it is worth adding that part of the undoubted charm that the recordings have lie in the strong Dublin dialect with which the recordings are imbued. However, an accent, in a young child, is the result of cultural and environmental factors, and in terms of artistic expression, are probably best regarded as performance factors – “*the wrong kind of contribution*” to the making of a work, in other words.

Thirdly, it should be noted that in 1961, Ireland did not have a sound recording copyright for fixations of non-dramatic works. This copyright only subsisted after ratification of the Rome Convention under the Copyright Act 1963. It would be odd if a performer could retrospectively obtain a copyright or analogous right, even if later cases suggest that this can be so: See Hendrix⁸⁶

2.3. Unauthorised Use of Works

Where copyright does subsist, a user will have to decide to either go ahead and use in the hope that the rights-owner will either not find out or will be unconcerned by the infringement, or do the honest thing and seek to obtain permission, or skirt around the problem in some way.

Firstly, efforts might be taken to select either public domain content in conjunction with limited amounts, quantitatively and qualitatively, of copyright material. In essence this is not likely to satisfy anyone as the selection of limited, or insignificant works or material is hardly likely to meet the core objectives of a cultural institution. As an alternative, the curator may seek to obtain either a transfer of rights, by way of an assignment or an exclusive

⁸⁴ “Give Up Yer Aul Sins”. A film made later and using the sound recordings was Oscar nominated. Check it out on [YouTube!](#)

⁸⁵ And concepts of theology such as Christ’s ascension and resurrection, and the “Holy Ghost”, or holy trinity.

⁸⁶ Experience Hendrix LLC v. Purple Haze Records Ltd [2007] EWCA Civ 501

licence to reproduce and distribute content. Agreement from the rightholder might be forthcoming on gratis or nominal terms, but there are instances where rightholders may not do so other than on commercial terms. Some rightholders may be sensitive to the need to retain both the economic value and the cultural value of a body of work, and it is at such points that copyright and cultural imperatives can collide. Examples include the conflict between the University of Cork Press and the James Joyce Estate.⁸⁷ Cork University Press sought to include extracts from the works of James Joyce in an anthology, "Irish Writing in the Twentieth Century". The collection was aimed at a student market and when permission was sought from the Joyce Estate a fee of £7,500 Sterling was demanded. The publishers proposed to publish anyway⁸⁸ but the Joyce Estate was successful in obtaining an injunction against the University Press because the intended extracts were contentious in themselves, coming from an edition of "Ulysses" that the estate was in dispute with at that time. It is possible to see this case as one in which the James Joyce Estate challenged the use of what it saw as a pirated edition of "Ulysses" for reasons other than economic ones. Maintaining the integrity and authenticity of Joyce's works are compelling moral rights arguments that clearly resonate in respect of cultural heritage curation, both tangible and intangible. The authenticity of works, objects and ways of living are universal themes in human communities, but whether copyright devices and concepts can be exported beyond copyright works is open to conjecture. Misappropriation of works of folklore are some of the most sensitive features of international folklore protection texts: who may use the work and for what purpose? In legal terms, which persons or communities may have the locus standi to complain, and to which person or body?

A second technique that appears to be used increasingly is to take a work and digitally alter the work in such a way as to conceal the identity and characteristics of that work. This may succeed if the rightsowner is fooled by manipulation or is unable to obtain compelling evidence that there is a causal link between the original and the defendant's "work". See the recent case of Naxos Rights International Ltd. v. Salmon⁸⁹ in which the digital stretching and corruption of a sound recording in order to give credence to a defence that the sound recording was not a copy of the plaintiff's sound recording failed, in the light of expert evidence submitted by the plaintiff.

In summary, there are formidable obstacles to using copyright law to protect the intangible and kinds of expression that have not been reduced into a set form, which is capable of being reproduced or multiplied several times. It is clear from the Australian artworks cases that individual artists who paint within customs and traditions that have been set by tribal communities can still satisfy originality requirements, often by dint of skill and judgment exercised in the execution of the work in question. Originality in expression rather than originality in respect of ideas and principles that underlie the work is the test. The link here is with decisions such as Sawkins. This is brought out if we consider how copyright protection may fare in respect of handicrafts. Both the

⁸⁷ Sweeney v. National University of Ireland [2001] 2 I.R.6

⁸⁸ Using a text produced by scholar Danis Rose which Rose claimed was authorised and did not infringe, something the James Joyce Trust disputed.

⁸⁹ [2012] CSOH 158 (Scotland)

CRRA 2000 and the Industrial Designs Act 2001 recognise that copyright and design rights (including the three year community unregistered design right) may vest in handicrafts. But if a community produces cloth or ceramics for example, knowledge about how the cloth can be woven, or the pottery glazed, will not be copyright protected for this will probably be regarded as an “idea or principle ...[a] procedure” that underlies the work itself (i.e. the fabric or piece of pottery).⁹⁰ Similarly, such knowledge will be outside design protection which is directed at the appearance of the handicraft item rather than the method of its construction, and as the item would incorporate traditional features it would not necessarily pass the “novelty” and “individual character” tests in the legislation.⁹¹

Other provisions in the CRRA 2000 demonstrate the extent to which copyright law may be insensitive on cultural heritage matters. Section 93 is a cause of some controversy.⁹² Where artistic works, in the sense of buildings, and sculptures, models of buildings and works of artistic craftsmanship are permanently situated in a public place, or on premises open to the public, it is not an infringement of any copyright to make a two dimensional copy – draw, photograph, film or include the work in a broadcast. If there is no copyright infringement in respect of these works that are the subject of artistic copyright, then buildings etc. that are not works, but are cultural icons, may arguably be reproduced, e.g. on T shirts without infringing any proprietary rights of any kind.⁹³

2.4. Database Protection as a Possibility⁹⁴

Notwithstanding these difficulties in fashioning copyright so as to serve as a method of protecting intangible cultural heritage, there is a significant development within the European Union. Building upon the TRIPs Agreement (Article 10 of which affords copyright protection to original databases) the European legislator gives dual protection for both copyright in the originality of the collection and separate rights in relation to the contents of a collection, regardless of eligibility of the contents to copyright protection.

The EU Database Right⁹⁵ is the most important text in relation to the protection of images and other fixations of cultural heritage. Because the Directive provides protection in respect of both the collection itself as a copyright work as well as the contents of the database regardless of whether the contents are copyright works or not, the maker of a database who has made a substantial investment in obtaining, verifying or presenting the database has a right to prevent the extraction and/or reutilisation of the whole or of a substantial part of

⁹⁰ CRRA 2000, s. 17(3)

⁹¹ Industrial Designs Act 2001, sections 13 and 14.

⁹² See the New Zealand case of Radford v. Hallenstein Bros. Ltd. (High Court 27 February 2007)

⁹³ e.g. Arguments about whether t shirts carrying the image of the “reconstructed” entrance to Newgrange are copyright rip-offs are thus rendered irrelevant.

⁹⁴ For a discussion of the Directive and its impact in Germany, see Schwartz and Klinger, page 167 *et seq* in Hoffman, From Exploiting Images and Image Collections in the New Media: Gold Mine or Legal Minefield (Kluwer).

⁹⁵ Directive 96/9/EC.

the database. The right extends to preventing repeated and systematic extraction of insubstantial parts of the database. This separate sui generis right applies as long as the substantial investment relates to the database as a database: by this we must exclude any investment that goes into the creation of the data to be included in the database – see ECJ cases British Horseracing Board v. William Hill⁹⁶ and Football Dataco and Others v. Yahoo! and Others⁹⁷.

Although Canadian law does not contain provisions that mirror the EU Database Directive, the decision in Ital Press Ld. v. Sicoli⁹⁸ reflects the fact that the collection of culturally specific data – in this case decisions and judgments about Italian names, cuisine, etc. collected by a compiler – can appropriately be the subject of IP rights. The ECJ decision in Direct Media v. Albert Ludwigs Universitat⁹⁹ involved an academic compilation of “The 1100 Most Important Poems in German Literature between 1730 and 1900”. A commercial publisher who used that earlier compilation “as a guide in producing a commercial CD-ROM of “1000 Poems everyone Should Have” has held to have unlawfully extracted data from the earlier compilation so as to infringe database rights, notwithstanding that most of the poems themselves were in the public domain.

But if digitisation and the creation of a database might provide a means of recording and fixing cultural traditions, both tangible and intangible, one may ask if, in the current regulatory climate, this would necessarily be effective. Do communities have the resources to record cultural heritage in an accurate way? Would a digital recording be safe in the sense that it could, in the wrong hands, become a source of abuse? This is a very lively debate in relation to the protection of intangible cultural heritage and indigenous peoples where sacred and secret traditions are jealously guarded: Riley notes:

*“the idea of disclosing traditional knowledge within a public forum – even one with controlled access – represents a risk of exploitation and destruction that is, for many, far too great”.*¹⁰⁰

In contrast, enthusiasts for freedom of expression and an open cultural commons have a perhaps naïve faith in the ability of licences and contractual models to address difficulties. Kansa, Schultz and Bissell¹⁰¹ argue:

“attempts to respect and enforce indigenous IP rights and claims run the risk of inhibiting communication, innovation, and freedom by locking away native culture behind rigid legalistic barriers. Culture is continually created, contested, shared, mixed, and hybridized. This process unfolds within and between indigenous communities and with other communities across the globe. Sometimes people choose to hold

⁹⁶ Case C – 203/02.

⁹⁷ Case C – 604/10.

⁹⁸ (1999) 86 CPR (3d) 129.

⁹⁹ Case C – 304/07.

¹⁰⁰ Indigenous Peoples and the Promise of Globalisation 14 Kan J.L. & Pub Policy 159 at 160 (2004) cited in Yu, Cultural Relics, Intellectual Property and Intangible Heritage (2008) 81 Temple L.R. 433 at 496

¹⁰¹ Protecting Traditional Knowledge and Expanding Access to Scientific Data (2005) 12 I.J. C.P. 285.

information secret, sometimes they choose to share information according to culturally diverse rules and motivations,. Rigid legal categorizations of elements of culture as belonging to a particular group can inhibit this dynamic process of culture creation, imagination, and communication. Such “reservations of the mind” (as expressed by Michael Brown) would further impoverish the very indigenous societies that were being “protected”.

“The importance of a vital global information commons must be recognised and is a major motivation for us to discuss traditional-knowledge, intellectual-property concerns along with research-data, intellectual-property issues. It is our sincere hope that voluntary, negotiated some-rights-reserved frameworks may do much to guard against both unfair exploitation of knowledge and rigid and damaging regimes of overprotection. Putting up predetermined barriers that impede communication, balkanize culture, and reinforce cultural and ethnic boundaries would profoundly curtail freedom of expression and inhibit scientific understanding in many vitally significant areas. Ideally, the power to structure how (and even if) communication will take place should be held by its participants. Thus, we see great benefit in the Creative Commons model of some rights reserved, since this model enables people to voluntarily negotiate and set flexible terms and conditions for communication as they deem appropriate”.¹⁰²

3.- SOME IRISH ISSUES

In this final part of the article the author considers how the protection of performers and the recording of cultural expression intersect under Irish law, drawing attention to legislative shortcomings and indifference to intangible cultural heritage protection by the Irish State. Irish legislation protects expression that comes within the 1972 UNESCO Convention only and in the light of scant resources and parliamentary inactivity, it should be for individuals and groups to seek to protect Irish heritage generally. A means of allowing cultural expression to be protected needs to be constructed.

3.1. Performances of Folklore under CRRA 2000

The Copyright and Related Rights Act 2000 (CRRA 2000) recognises folklore in regard to copyright protection for the first time. As we shall see the CRRA 2000 is perhaps more relevant to intangible cultural heritage when the provisions relating to performers are concerned, but the author's rights protections reflect a legislative desire to encourage the making of fixations of performances of folklore.

Section 92 of the Act, contained in that part of the Act that relates to authorship, provides that the fixation of a performance of an unpublished anonymous work, (unless the fixation infringes another copyright or a performer objects to the fixation, at the time the fixation is made), for the purpose of inclusion in an

¹⁰² Ibid at p.307 (footnotes omitted).

archive, maintained by a designated body, to be made available for research or private study, is lawful. This is an oddly drafted provision as it appears to envisage that a copyright (will subsist in the anonymous (i.e. folklore) work. The definition of a designated body is very wide and smacks of self certification as it covers:

*“any archive under the administration, management or control of a body which is not established or conducted for profit and which maintains an archive of fixations of works of folklore”.*¹⁰³

This provision begs the question whether the filming of a performance of folklore can infringe any author's right per se. Lucas-Schloetter points out that:

*“folklore is the ‘result of a constant and slow impersonal process of creative activity exercised by means of consecutive imitation within an ethnic community’. The very idea of folklore presupposes transmission from generation to generation, and ultimately a perpetual evolution. In many ethnic communities, art is considered as a means of communicating the history and the religious convictions of the tribe or the community, and the artist is bound by respect for the tradition and therefore cannot give free rein to his inspiration”.*¹⁰⁴

To this extent, we are back to the issue raised earlier: absent some act of individual expression, it is difficult to see how copyright engages with intangible cultural heritage unless that intangible expression is fixed (incorporated into an object, film, etc.), but the fixation will not include the underlying “work” or expression.¹⁰⁵

The CRRA 2000 follows the international treaty standards for the protection of performers by giving fixation rights, live broadcasting rights, reproduction rights in respect of recordings and making copies of recordings available to the public, including providing internet access to such recordings. Distribution rights and rental and lending rights are also available and an equitable remuneration right is also available for sound recordings that have been played in public or included in a broadcast or cable program service. Performers are also given moral rights that mirror the moral rights in the Berne Convention rather than the lesser rights afforded to aural performers under the WPPT.

The definition of performers in CRRA adds to the general list of performers who perform or interpret literary, dramatic and musical works those persons who perform

¹⁰³ SI No. 408 of 2000. Section 92 of CRRA is based on section 61 of the UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 but it is much wider as it covers works of folklore (defined in section 92 as anonymous works but the marginal note is to folklore). It is this that helps to explain the odd drafting and phraseology in Section 92 CRRA.

¹⁰⁴ In von Lewinski, (op. cit.) at 384 (footnotes omitted).

¹⁰⁵ Radford v. Hallenstein supra, footnote 91.

“expressions of works of folklore, which is a live performance given by one or more individuals, and shall include a performance of a variety actor any similar presentation.”

However, the implementation of these provisions on folklore are not free from difficulty. There is no definition of expressions of works of folklore in relation to performers. The rights given are not perpetual but last, in the first instance for 50 years after the performance takes place.¹⁰⁶ There are no provisions which recognise any collective ownership although works of joint authorship are provided for in an entirely unrealistic manner. It follows that if a performer authorises a fixation of a performance, members of the community have no *locus standi* to object (e.g. to disparaging treatment) unless such persons could prove authorship of some other “expression of a work of folklore”. But if no fixed performance can be adduced by the complainant it is difficult to see how a subsequent “rogue” performance or fixation can be justiciable. The right to object to derogatory action in relation to a performer’s performance or a recording thereof¹⁰⁷ refers to post performance phenomena, not the cultural hinterland from which the performance has sprung. This is borne out by section 245, the archiving of performances provision which allows a section 92 designated body to make a copy of an unpublished recording for archival purposes when the making of the recording does not infringe any copyright and the making of the recording is not prohibited by any performer. Access by third parties to the copy in the archive for the purposes of research and private study, and only for such purposes is possible under section 245(3).

Who would be able to invoke such a provision apart from the obvious institutions – Comhairle Bhealoideas Eireann, or Heritage Ireland for example? Consideration might be given to leaving it open to communities or representative groups to satisfy a court that *locus standi* exists for the purpose of seeking some form of declaratory or other relief.¹⁰⁸ Objections to this proposal may be seen as coming from interest groups and persons who want what they see as common cultural property to be open to all, and one has sympathy with this view. However, the emphasis should be on misrepresentation and misappropriation which is likely to seriously damage the reputation or integrity of cultural expressions. Such a test sets the bar at quite a high level. This writer does not envisage that litigation will become an everyday event if such a measure was passed into law but, in the absence of any other measures, something of this kind would be desirable.

3.2. Existing Measures are Wholly Inadequate

Despite the compelling case made by UNESCO for some form of legislative protection for the intangible, Ireland has a miserable record to defend. UNESCO point out

¹⁰⁶ Section 29, CRRA 2000, soon to be expanded by Directive 2011/77/EU to 70 years from November 1, 2013.

¹⁰⁷ CRRA 2000, s. 311.

¹⁰⁸ e.g. See Digital Rights Ireland Ltd. v. The Minister for Communications, Marine and Natural Resources [2010] IEHC 221 for a precedent.

“Cultural heritage does not end at moments or collections of objects. It also includes traditions or living expressions inherited from our ancestors and passed on to our descendants, such as oral traditions, performing arts, social practices, rituals, festive events, knowledge and practices concerning nature and the universe or the knowledge and skills to produce traditional crafts.”¹⁰⁹

Dr. Charles Mount¹¹⁰ gives us two examples of Irish intangible cultural heritage – he describes such heritage as “non material or living manifestations of cultural heritage” in contradistinction to material cultural heritage – i.e. individual tacit skills such as the ability to make curach boats or make and play the Uilleann pipes. Dr. Mount continues his analysis by observing:

“Ireland has many examples of intangible cultural heritage ranging from language and dialect, to sports, festivals, music, traditional crafts and foods. Some would merit inclusion on the list of intangible Cultural Heritage of Humanity. However, Ireland, to date, has not ratified the Convention and has had no items of intangible cultural heritage inscribed.”

Other notable absentees from the list of States Parties to the Convention include the United Kingdom, the USA, Canada, South Africa, Australia and New Zealand.¹¹¹ Whether States are ignoring both economic and cultural benefits to protecting intangible heritage is the topic for a separate debate¹¹² but it is ironic to see political leaders who are responsible for “rationalising” budgets and merging cultural heritage institutions embarking upon tours to sell Ireland as an attractive place to do business on the back of Ireland’s cultural offerings.¹¹³

While Ireland has not approved or ratified the 2003 Convention, it has ratified the 2005 UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expression¹¹⁴. This Convention is generally regarded as aspirational in nature and is intended, in part, to protect “cultural content”, “cultural expressions” and “cultural activities, Goods and services”, as defined. Article 5 puts the Convention into a human rights context and reaffirms the sovereign right of states to “formulate and implement their cultural policies and to adopt measures to protect and promote the diversity of cultural expressions”. Article 6 provides for the measures that states may adopt to protect and promote the diversity of cultural expressions within its territory. The language of article 6 is, permissive and predicated within the context of national policies, but it also allows for regulatory measures aimed at protecting and promoting the diversity of cultural expressions. Article 7,

¹⁰⁹ www.unesco.org/culture/ich/index.

¹¹⁰ www.charles-mount.com.

¹¹¹ The economic value of cultural tourism is a strong factor everywhere – see Smith, Waterton and Watson, *The Cultural Moment in Tourism* (2012). This is not a parochial issue. Note that Irish cultural heritage obligations are not confined to “the Irish”. Under the Council of Europe Faro Convention, Article 5, cultural heritage law and policies requires parties to “recognise the valued cultural heritage situated on territories under their jurisdiction, regardless of its origin”.

¹¹² See “What about the Intangible Cultural Heritage of Ireland”, posted 18/5/2011 at the Charles Mount blog – www.charles-mount.com.

¹¹³ “Deenihan in China to expand cultural links” Irish Times December 29, 2012.

¹¹⁴ October 25, 2005. Ratification by Ireland took place on December 12, 2006.

which is directed at measures to promote cultural expressions is even more tentative, requiring, as it does, that *"members shall endeavour to create in their territory an environment which encourages individuals and social groups"* in creating, etc. their own cultural expressions, as well as recognising the role of artists in relation to cultural expressions. This is all very general, and it is hardly surprising that some states will more easily adhere to such a text in contradistinction to the 2003 UNESCO Indigenous Intangible Heritage Convention.

It would be unfortunate indeed if Ireland could not see the advantages of setting forward on a coherent programme of intangible cultural heritage preservation and some kind of national dialogue needs to take place on what this involves, both as human rights and cultural identity initiatives. If possible, cultural and intangible cultural heritage responsibilities should, at Government level be both recognised and vested in one body¹¹⁵, taking due account of the fact that many individuals, communities and specialist groups and institutions are currently carrying on heritage preservation functions. It will also be necessary to recognise that cultural heritage preservation can be contentious in many ways. Legislative recognition of the 2003 UNESCO Convention may have a legitimising and inclusive role to play and for this and other reasons it is hoped that even if Ireland cannot emulate Scotland in systematically recording its living culture, the Irish State can demonstrate a more inclusive, indeed, universal approach to cultural heritage preservation¹¹⁶.

The most recent observation on the UNESCO 2003 Convention and what the copyright lawyer might see as a branch of the performing arts came from an unexpected source in a somewhat unique setting¹¹⁷. While one tends to consider cultural heritage not to have overtly political characteristics, it is a measure of just how fluid this may be as a concept that it may legitimately be invoked by the Orange Order. After a powerful speech recounting the history and achievements of the Orange Order – marching bands and community solidarity and so on - made to Seanad Éireann on 3rd July 2012, Drew Nelson,

¹¹⁵ The existing fragmented situation is illuminating. Culture Ireland promotes performing and other arts activities worldwide, via Department of Arts, Heritage and the Gaeltacht. That Department itself sets out an organisational structure that addresses built heritage, architectural policy, national monuments, EU Habitats and Birds Directives, science and biodiversity protection and parks and reserves management. The Department of Education and Skills is the Irish UNESCO National Commission parent body and the UNESCO documentation centre is location within that Department. The Department of Environment, Community and Local Government has clear functions in respect of recording and preservation of cultural material arising during contraction/environmental protection projects, as well as through rural development programmes, which in turn, are the primary responsibility of the Department of Agriculture, Food and the Marine. And so on.

¹¹⁶ The most significant work in these islands has taken place in Scotland via entities working under the umbrella of the Scotland Committee of the UK National Commission for UNESCO (UKNC); see www.unesco.org.uk. A 2008 Report commissioned from Edinburgh Napier university has led to the creation of an online inventory to "record the living aspects of Scotland's culture and, where applicable, inform decisions concerning its possible safeguarding."

¹¹⁷ Other artistic outpourings from the Northern Ireland troubles in the form of books, plays, film and artwork (e.g. murals in areas of Belfast and Derry) can come to mind.

Grand Secretary, the Grand Orange Lodge of Ireland said of the Loyal Orange Institution that

“this Institution and the Bands which we support are the guardians of the intangible cultural heritage of not only Northern Ireland but also the Republic of Ireland. I believe that Ireland would be a poorer place if that cultural heritage disappeared. Therefore, my challenge today is for the Government of the Republic of Ireland to ratify the 2003 UNESCO Convention for the safeguarding of Intangible Cultural Heritage.”¹¹⁸

Observations of this kind make it clear that for Governments to undertake to honour indigenous cultural expression they will often have to face up to some challenging and at times uncomfortable facts and traditions. In Ireland, this will require an acceptance of diversity and conflicting traditions rather than the collection and preservation of some imagined national cultural identity. If the political establishment is not prepared to face up to this challenge, it is hardly surprising that Irish statute law currently falls short of the mark at this time.

Irish Legislation reflects a concern for protecting objects and landscapes – often the past, the archaic, the recently rediscovered rather than living traditions. The legislation that provides protection for Irish cultural heritage currently identifies monuments, objects and institutions. The National Monuments Acts 1930 to 2004, The Architectural Heritage (National Inventory) and Historic Monuments (Miscellaneous Provisions) Act 1999, as well as the Local Government (Planning and Development) Acts 1999 (Part IV), as amended) deal very effectively with what can be classified as Architectural and archaeological heritage. The Heritage Act 1995 provides the necessary advisory body, the Heritage Council to protect archaeological objects, monuments, flora, fauna, habitats, parks and inland waterways, to name just a few national heritage subjects.

The National Cultural Institutions Act 1997 creates national institutions in respect of museum and library activities but again, the focus is on objects – e.g. “archaeological object”, “cultural object”.¹¹⁹ While the definition of “library material”¹²⁰ is more open ended, and may include digital forms, it is not acte clair what that National Library’s role is in respect of “folklore”. The definition of “museum heritage object” is also of great interest insofar as it refers to “folklife” (which is not defined)

“museum heritage object” means –

(a) any object in the collection of the Museum on the Museum establishment day,

¹¹⁸ Vol. 215 Seanad Debates No. 7. Note that The Good Friday Agreement (10 August 1999) contains references to the governing authority in Northern Ireland to exercising authority. *Impartiality on behalf of all the people in the diversity of their identities and traditions ... founded on the principles of full respect for, and equality of, civil, political, social and cultural rights...*

¹¹⁹ See section 2 of the National Cultural Institutions Act 1997.

¹²⁰ “Library material” includes any material, within the meaning of section 65 of the 1997 Act “concerning human life in Ireland.” Section 65 allows for the prescribing of published materials including digital records of performances, etc. See now section 199 of the CRR 2000.

(b) *any object (including archaeological objects, objects relating to the decorative arts¹²¹ or natural sciences or to history or industry or folklife) over 25 years old considered appropriate by the Board for inclusion in the collection of the Museum concerning human life in Ireland, the natural history of Ireland, and of the relations of Ireland with other countries, and*

(c) *Any other similar objects;”¹²²*

Should Ireland move towards adopting the 2003 UNESCO Intangible Cultural Heritage Convention, it is likely¹²³ that the Heritage Council would be called into performing a similar role in respect of intangible cultural heritage. But is this the most desirable approach in the short to medium term?

3.3. Irish Resources

Even if the Oireachtas were to ratify the 2003 UNESCO Convention on Intangible Cultural Expression this would not address underlying issues about how such expressions can be protected. Existing heritage institutions are already struggling to fulfil their goals and objectives. Some examples of this provide a dose of realism in relation to what can at times be a very esoteric subject.

The Heritage Council itself is claiming that “*disproportionate cuts*” in their Council’s Budget of 65 to 70% make essential work impossible¹²⁴. Other important cultural heritage custodians are under similar pressure. Indeed, the Local Government (Miscellaneous Provisions) Act 2012 dissolves the Library Council, An Chomhairle Leabharlanna, established under the Public Libraries Act 1947. The Library Council was extremely active in collecting, organising and digitising ephemeral cultural content under www.askaboutireland.ie and the debates concerning the continuation of the work of An Chomhairle do not reassure this writer that this kind of work, as well as the Public Lending Right Scheme, will receive due to attention in the context of “*rationalisation*” measure in train.¹²⁵

There is excellent work being undertaken by a diverse range of cultural institutions and this must be lauded in the difficult economic circumstances the Irish State faces. The work of the National Library of Ireland in digitising its collection of James Joyce manuscripts, and a putting them on-line free of charge is both a welcome initiative¹²⁶ and a clear response to vested interests that could well have sought to restrict access, notwithstanding the expiry of the

¹²¹ See the definition of decorative arts objects in the Third Schedule.

¹²² National Cultural Institutions Act 1997 Section 2.

¹²³ See Section 9 of the Heritage Act 1995 which allows the Irish Government to confer additional functions onto the Heritage Council.

¹²⁴ See Annual Report 2011 at www.heritagecouncil.ie and “*Heritage Council near catastrophic point from find lists*” *Irish Times* June 28, 2012.

¹²⁵ See *Dail Debates* for 23 May 2012. Part 3 of the Act transfers functions to a motley collection of undefined bodies, local authorities, any Department of State or the Minister for the Environment, Community and Local Government.

¹²⁶ See “*Joycean Joy after library says ‘yes’*” *Irish Times* May 7, 2012

copyright extension under Directive 93/98/EEC¹²⁷, as replaced by the Consolidated Text¹²⁸. It is however difficult to see how cultural institutions that in historical terms are under staffed and under resourced could be expected to take on responsibility for identifying and preserving intangible cultural heritage in the current economic climate. A clear example of this has been provided by press reports indicating that the National Library has decided that it does not have the resources to finance the digitisation of its holdings and that the Library is to look for financial support on a joint venture basis.¹²⁹

Even if folklore preservation is a core obligation, will adequate funding be available? An example of this unsatisfactory position is provided by the financial position of the National Folklore Collection, located in University College Dublin. The National Folklore Collection, a collection that began in 1935 following upon the establishment of the Irish Folklore Commission in 1935 was transferred to UCD in 1972. The latest Annual Report of the current authority, Comhairle Bhealoideas Eireann catalogues the very modest resources available and the impressive work being done on slender resources and often on a voluntary basis¹³⁰

4. Conclusion

Resources of a kind other than financial and intellectual resources however also need to be deployed. The UNESCO Conventions of 1972 and 2003 are very “top down”. It is suggested that because cultural property and living traditions often exist at local and communal levels, there should be mechanisms in place that allow interested groups, communities and associations to seek to preserve both the existence and the integrity of cultural expression. In other words, legal mechanisms should evolve to ensure that arguments about heritage distinction or misuse can be heard before the High Court. Existing copyright laws are only obliquely relevant, but there are some kinds of IP protections that are not too far away from providing a satisfactory precedent. Skilled craftsmen who represent, as a collective, standards of workmanship and tradition, may use the law of passing off to counteract others who misrepresent or misappropriate work to the detriment of the collective. Communities such as churches and professional associations may also use passing off reliefs. Some legislative intervention in cases of cultural misrepresentation or misappropriation which threatens to seriously damage the reputation or integrity of cultural expressions tangible and intangible, would be a reasonable and progressive step.

¹²⁷ Copyright and Related Rights Act 2000, sections 24 to 34 replaced S.I. 158 of 1995.

¹²⁸ 2006/11/EC

¹²⁹ “Library seeks help to digitise collection” *Irish Times* September 24, 2012. This article refers to joint venture agreements elsewhere with commercial publishers. Do such joint ventures afford adequate control to the content provider and libraries?

¹³⁰ Report, 1 September 2010 to 31 August 2011: “Financial Support is a constant concern towards preservation, dissemination and development of the collection” (p.5). “An Chomhairle is a national body with a remit that goes beyond its host body, UCD, but provision for its current funding through the Higher Education Authority and UCD lacks clarity” (p.7).



GESTIÓN DE DOCUMENTOS, GESTIÓN DOCUMENTAL Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. LA LEY 7/2011 DE DOCUMENTOS, ARCHIVOS Y PATRIMONIO DOCUMENTAL DE ANDALUCÍA.

Esther CRUCES BLANCO*

RESUMEN: La existencia de archivos es tan antigua como el uso de la escritura y como la necesidad de documentar actos. Los archivos no son almacenes de documentos ni son únicamente centros de investigación, los archivos son unidades básicas de las administraciones públicas y privadas. La Administración Pública española trabaja mediante procedimientos establecidos y esta actividad surge en las oficinas públicas y en ellas existen archivos. Estos documentos y estos archivos han de formar parte de un sistema de gestión de documentos y de una gestión documental integral. La Ley de documentos y archivos de Andalucía establece estos principios.

ABSTRACT: Archives are as old as the use of writing and the need of recording facts. Archives and records offices are not warehouse of records, neither they are only research centres, archives are fundamental bodies of the public and private administrations. The spanish public administration works with stablished proceedings ad this activity goes on in the public offices and in there are archives. These records and archives had to belong to a records management system and had to be integrated in a recods keeping structure. The Andalusian records and archives Act sets these principles.

PALABRAS CLAVE: Administración pública, Andalucía, archivo, documento, gestión documental, gestión de documentos, Ley de documentos, oficina pública, procedimientos.

En caso de cita: CRUCES BLANCO, E. "Gestión de Documentos, Gestión Documental y procedimiento Administrativo. La Ley 7/2011 de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía". *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 36 - 57 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

* Doctora en Historia. Directora del Archivo Histórico Provincial de Málaga. mariae.cruces@juntadeandalucia.es

KEYWORDS: Andalucía, archives, Public Administration, proceedings, Record Act, records, records management, records keeping, records office.

SUMARIO. 1. Gestión de documentos y procedimiento administrativo. 1.1. Acto administrativo y el documento público. 1.2. El procedimiento administrativo y el expediente administrativo. 1.3. Garantías. 1.4. El buen gobierno. 1.5. Gestión de documentos, gestión documental y Normas ISO. 2. Gestión documental y archivos. 2.1. Gestión documental. 2.2. Los archivos de oficina. 2.3. Los archiveros.

Tal vez pueda extrañar que el tratamiento sobre actos y procedimientos administrativos sea abordado por un archivero, y que, además, un análisis de este tipo no sea planteado desde la conservación del patrimonio documental ni desde la perspectiva cultural que los archivos, indudablemente, tienen. No obstante cada vez con más ahínco y relevancia los archiveros participan en las propuestas y decisiones sobre gestión de procesos y de procedimientos tanto en las administraciones públicas como en la actividad de la empresa privada. Igualmente el trabajo de los archiveros en estas organizaciones, como profesionales responsables de sus archivos, está siendo considerado como un componente decisivo. Sin embargo el trabajo del archivero no puede ni debe ser aislado, porque los archivos no son ni unidades de gestión ni instituciones que puedan estar desvinculadas de los órganos productores de los documentos. Esto que pudiera ser nuevo para algunos, desconocido por muchos y despreciado por la mayoría tiene una larga trayectoria histórica, Ernst Posner ya indicó cómo en Mesopotamia, en la era de las tablillas de arcilla, existían archivos de oficina, necesarios para la gestión de los negocios que tal oficio llevara y que, además, estos archivos tenían una organización y una ordenación¹. En este sentido, y aunque pueda parecer una novedad, la Ley 7/2011 de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía² permite hacer una reflexión, pero también una llamada de atención, sobre la imprescindible existencia de archivos en las unidades administrativas, entendiendo esta necesidad desde la comprensión de dos conceptos básicos: la gestión de documentos y la gestión documental. Pero ni los archivos, ni la gestión de la información ni de los documentos es responsabilidad exclusiva de los archiveros, ni, por el contrario, los principios de la Archivística pueden estar alejados de la aplicación de los procedimientos administrativos. La Declaración Universal sobre los Archivos establece sin ambages: *la responsabilidad de todos –ciudadanos, gestores y responsables públicos, propietarios y/o custodios de archivos públicos y privados, archiveros y otros profesionales del campo de la información- en la gestión de los archivos*³.

¹ POSNER, E. *Archives in the Ancient World*. 1972. El autor pone de manifiesto numerosos ejemplos sobre la existencia de archivos, de gestión y de oficina en la Antigüedad; E. Posner estableció, a partir de restos arqueológicos, que durante la era de las tablillas de arcilla (3.000 a.c. al 500 a.c.) los documentos eran conservados por la oficina que los había creado y recibido, y que estaban generalmente organizados de manera cronológica según la función o actividad con la que estaban relacionados. Apud. LLANSÓ i SANJUAN, J. *Gestión de documentos. Definición y análisis de modelos*. 1993 p. 22

² Boletín Oficial de la Junta de Andalucía del 11 de noviembre de 2011, número 222; Acuerdo de 25 de julio de 2012, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administrativa General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de documentos, archivos y patrimonio documental.

³ Consejo Internacional de Archivos. <http://www.ica.org>.

El art. 2 de la Ley 7/2011 está dedicado a las definiciones de los conceptos básicos de esta norma, de manera que el apartado m) define la gestión documental como *el conjunto de funciones y procesos reglados, aplicados a lo largo del ciclo vital de los documentos para garantizar el acceso y uso de los mismos, así como para la configuración del Patrimonio Documental de Andalucía. La gestión documental tiene un carácter transversal, ya que participan en la misma todas las personas responsables de la gestión administrativa y se aplica a todos los ámbitos de actividad*, partiendo de esta premisa ha de ser considerado tanto el control de la información y de los documentos como la existencia de archivos. Porque, además, esta Ley lo es, en primer lugar, de y para los documentos⁴ y por ello una de las novedades de esta norma es la inclusión del concepto de gestión documental⁵.

1.- Gestión de documentos y procedimiento administrativo.

La necesaria incardinación de la gestión documental y de los archivos en el día a día de las administraciones públicas y su relación con la actuación administrativa requiere una breve reflexión, sobre todo para ir reforzando aquellos puentes que unen el trabajo de los responsables políticos y administrativos con las actuaciones públicas de forma que se eliminen las barreras –en muchas ocasiones aún infranqueables- sobre el desdén por los archivos, el menosprecio por los documentos y zanjar –¡tal vez un día!- la idea de que en las oficinas públicas hay “papeles” –siempre expresado peyorativamente-, y que los archivos sólo son los cementerios de los “papeles muertos”, todo ello, por desgracia, ideas incrustadas en la realidad cotidiana en la administración pública.

1.1.- Acto administrativo y el documento público.

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) entiende el acto administrativo en sentido amplio, *comprensivo de todas las actuaciones jurídicas de la administración*, y también en un sentido estricto, *el acto administrativo como concepto que abarca las actuaciones jurídicas de la Administración (el acto de trámite, el acto que causa estado, el acto firme, el acto favorable, etc.)*⁶. Esta es la

⁴ La Ley 7/2011 es explícita sobre la materia que trata: en primer lugar los documentos pero también la información, especialmente la del sector público, en segundo lugar los archivos y por último el patrimonio documental, en una categoría *sine qua non*, pues sin la existencia de esta gestión completa de los documentos –y desde el principio- no pueden ser alcanzadas otras circunstancias ni realidades. CRUCES BLANCO, E. “El acceso a la información, a la documentación y a los archivos. Acceso y gestión documental en La Ley 7/2011 de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía”. *TRIA*. nº17 (2013) p. 150

⁵ Una de las novedades de la Ley 7/2011 es la introducción de la metodología de la gestión documental, debe recordarse que unos de los objetos de la Ley es precisamente regular la gestión de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio documental de Andalucía –art. 1-. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Aproximación a la Ley 2/2011 de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública” nº82/2012 p. 57

⁶ GALLEGU ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. *Acto y procedimiento administrativo*. 2001 p.52

esencia del trabajo en las administraciones públicas y, por ende, la base de la existencia de documentos –por lo tanto de archivos- en cualquier oficina pública.

La administración pública se sirve de diversas formas jurídicas para la realización de sus tareas y de entre ellas la *más característica del Derecho administrativo es, sin duda, la del acto administrativo. Éste es el instrumento típico a través del cual la Administración en el ejercicio de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico, manda, prohíbe, autoriza, concede o deniega algo a los ciudadanos, crea relaciones jurídicas o adopta otras decisiones vinculantes*; los ejemplos son muchos y variados: la licencia urbanística o de armas, la beca y la subvención, la multa de tráfico, la prohibición de llevar a cabo una manifestación, el carnet de conducir, una concesión....⁷; junto a la idea de “forma jurídica”, el acto administrativo es un negocio jurídico con un carácter resolutivo⁸. En cualquier caso existen diversas definiciones de “acto administrativo” pero para la finalidad que aquí incumbe se ha de relacionar este concepto con el efecto o efectos que de dicho acto derivan, sobre todo por su eficacia vinculante⁹ y por la génesis de una necesaria resolución¹⁰ y, por lo tanto, la ineludible existencia de un documento.

Son muchas las clases de actos administrativos que, entre otros aspectos, se identifican por su incidencia en el destinatario (acto favorable o desfavorable)¹¹ y, desde luego, desde la práctica diaria del trabajo en un archivo esta incidencia va más allá del momento o del procedimiento para el que fueron elaborados, pues los actos de instrucción¹² llevan aparejados no sólo el valor administrativo para los cuales fueron creados sino que adquieren otros valores –probatorios, periciales, informativos- de ahí su necesaria gestión y control, es decir que estos documentos estén sometidos a la práctica de la gestión documental. En este mismo orden de cosas se ha de entender la resolución, la forma genérica de terminación de un procedimiento, es decir el acto que pone fin a un procedimiento administrativo¹³.

⁷ GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. *Ob. cit.* p. 22

⁸ *El acto administrativo es un negocio jurídico porque hay una declaración de voluntad dirigida a fundar o producir unas consecuencias jurídicas previstas en la norma; el acto administrativo tiene un carácter resolutivo, ordenador que le distingue de las contestaciones a una consulta, por ejemplo que es declaración de voluntad negocial, pero sin carácter resolutivo. Ibidem.* pp. 40-41

⁹ *acto administrativo es una resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos.* GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. *Ob. cit.* p. 45

¹⁰ Sin entrar, para este cometido, en la ambigüedad del término resolución ni en las diversas formas de resolución. *Ibidem.* pp. 50-51

¹¹ GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. *Ob. cit.* pp. 65-75

¹² *los actos de instrucción son los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (art. 78.1). Es decir son los actos de trámite que tienen por finalidad proporcionar al órgano competente para resolver el procedimiento los elementos de juicio necesarios para adoptar la resolución más adecuada Derecho y al interés público.* GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de derecho administrativo.* Madrid, 2005 p. 265

¹³ El art. 89 de la Ley 30/1992 aplica el término “resolución” para designar el acto definitivo, esto es el acto que pone fin a un procedimiento tanto si la terminación del mismo se produce mediante la definición jurídica individualizada de un particular como si la finalización tiene lugar mediante otras formas, tales como la prescripción o renuncia del derecho.....GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. *Ob. cit.* p. 52

El acto administrativo requiere una constancia, por lo tanto exige una materialidad, de ahí que el acto administrativo cobre y adquiera todo su cometido cuando es sustentado en un documento, documento que es expedido con el objetivo de dar seguridad jurídica, certeza, constancia y, desde luego que sirva de prueba¹⁴, obviamente siempre que estos documentos puedan ser localizados, si están fielmente custodiados y adecuadamente ordenados en un archivo. La idea de “reflejo documental”¹⁵, el concepto de un soporte perdurable que sustente el acto administrativo con unas características internas y externas que avalen la autenticidad y la veracidad, -elementos que forman parte de la definición diplomática de documento- es, hoy por hoy, conocido por los archiveros, y despreciado o ignorado por los productores de los documentos o por los responsables políticos y administrativos de dictar los actos administrativos y concederles “seguridad”¹⁶. Asimismo, y para recordar las características de los documentos de archivo, que son únicos, se ha de mencionar la distinción entre acto y norma en cuanto su abstracción o concreción –en el caso del segundo- pero siempre su carácter singular¹⁷, único en el caso de los documentos. Por todo ello la forma de producción de los actos administrativos (art. 55 Ley 30/1992 LRJAP) es la escrita a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión o constancia¹⁸ y por eso existen esos molestos “papeles”, esa acumulación de documentos, esos desagradables y denostados archivos de oficina, y por eso cuando se dicta la resolución surgen los mal llamados “papeles muertos”.

Si bien todo lo expuesto forma parte de la doctrina de la administración pública española y de la larga tradición de funcionamiento de los archivos españoles, no se ha de olvidar que el documento público y la actuación de la administración pública mediante un procedimiento, queda recogido en el art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹.

¹⁴ *Los actos administrativos, a diferencia del negocio jurídico privado, son expresión del ejercicio de poder público, creadores, modificadores o extintores, por tanto, de derechos y deberes de los particulares con fuerza vinculante, es decir, inmediatamente eficaces. Lo cual exige, en aras, sobre todo, de la seguridad jurídica y de la certeza, una constancia y prueba indubitada. En definitiva, sólo la forma escrita puede asegurar la certidumbre de su producción y la observancia del procedimiento legalmente establecido (lo que viene a constituir el expediente administrativo).* GALLEGU ANABITARTE, A, y MÉNDEZ REXACH, A. ob. cit. p. 197

¹⁵ *La voluntad administrativa requiere para su correcta formación y manifestación un reflejo documental, como requisito jurídico y práctico cuyo fundamento último es similar al de exigencia de documentación y formalización especial de tantos actos en el Derecho privado, en el que el MUÑOZ RIVERO, R. *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Pamplona, 2007 p. 144*

¹⁶ Al respecto el siempre recomendable y necesario *Manual de documentos administrativos*. Ministerio de Administraciones Públicas. Varias ediciones.

¹⁷ distinción entre acto y norma: tanto en el derecho español como en el alemán. *La norma (o proposición jurídica) se caracteriza por su abstracción y su carácter singular, mientras que lo propio del acto es su concreción y su carácter singular.* GALLEGU ANABITARTE, A, y MÉNDEZ REXACH, A. ob. cit. p. 29

¹⁸ *Ibidem*. p. 197

¹⁹ Artículo que sintetiza la trascendencia del documento público en secuencia con la actuación administrativa procedimentalizada en expediente escrito, al reconocer el Derecho de acceso a los documentos por todo ciudadano de la Unión o de toda persona física o jurídica que resida o tenga domicilio social en un Estado miembro. SÁNCHEZ BLANCO, A. “Patrimonio documental y documentos públicos”. *Revista sobre patrimonio cultural; regulación, propiedad intelectual e industrial*. RIIPAC. Nº1 (noviembre, 2012) p. 81

Indudablemente el documento público en el siglo XXI es sustentado en cualquier tipo de soportes, incluido el electrónico –aunque existe esa gran contradicción entre soporte y el “no soporte” del documento electrónico-; pero existen suficientes definiciones sobre “documento electrónico” que avalan las mismas características y efectos que el documento elaborado en soportes tradicionales. El Comité de Archivos Electrónicos del Consejo Internacional de Archivos definió el concepto de documento como *información registrada, producida o recibida en torno a la implantación, realización y ámbito de una actividad institucional o personal que engloba contenido, contexto y estructura y permite probar la existencia de la actividad que lo generó*²⁰. Así pues el documento electrónico es igual a cualquier documento pero con algunas características y diferencias con respecto al documento convencional (registro y uso de símbolos, conexión entre contenido y medio, metadatos)²¹, los fundamentos esenciales del documento electrónico son los mismos que los requeridos en los documentos tradicionales, aunque éstos elementos tradicionales puedan estar, “residir”, en diferentes espacios físicos²². Por lo tanto el documento electrónico es y podría ser el reflejo documental de todo tipo de procedimientos y, por lo tanto, la administración electrónica no puede estar en manos de las decisiones de los “informáticos” – técnicos en Informática, técnicos de las herramientas-, ya que un procedimiento electrónico, ante todo es un procedimiento, y por lo tanto sometido, también, a la gestión documental y a todo lo que ello supone, incluido todo el ciclo de vida de cada una de las fases de estos documentos²³.

Atendiendo a las experiencias profesionales de muchos –archiveros, responsables administrativos, ciudadanos- y atisbando algunas oficinas públicas en la actualidad los documentos –actos administrativos- en soportes tradicionales o electrónicos no están ni bien custodiados ni bien gestionados por regla general, no existen archivos de gestión casi en ningún órgano administrativo y, desde luego, los documentos y procedimientos electrónicos quedan al páiro de directrices de carácter instrumental, meramente técnico, desde el punto de vista del uso de la Informática como herramienta.

En cualquier caso no deberíamos olvidar la definición clásica, pero aún acertada, de que el acto administrativo tiene que ser producido por quien tiene las atribuciones para hacerlo²⁴, cuestión ésta que hoy queda difuminada en las

²⁰ CONDE VILLAVARDE, M.L. “La producción de documentos en soporte electrónico y su control archivístico”. *La Administración electrónica y los archivos: Amenazas y oportunidades para la archivística*. Toledo, 2003 p. 16.

²¹ CRUZ MUNDET, J.R. “La gestión de los documentos electrónicos como función archivística”. *AABADOM*. (julio-diciembre, 2003) p. 5

²² *los elementos esenciales de un documento electrónico son los mismos que los tradicionales, aunque puedan manifestarse de formas diferentes. La diferencia fundamental respecto a los documentos tradicionales es que los componentes de los documentos electrónicos pueden residir en diferentes partes del soporte e incluso del sistema, y puede que no tengan entidad física.* CONDE VILLAVARDE, M.L. “La producción de” pp. 16-17

²³ CRUZ MUNDET, J.R. “La gestión de los documentos electrónicos” p.9

²⁴ *Llámanse actos administrativos a las resoluciones, mandatos y acuerdos de las autoridades y corporaciones administrativas en materias de sus atribuciones.* MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Diccionario de la Administración Española*. Ed. 1914. T. I. p. 290 y ss.

administraciones públicas, al menos si se analiza en profundidad un expediente administrativo.

1.2.- El procedimiento administrativo y el expediente administrativo.

No es este el lugar para tratar lo que es y significa el procedimiento administrativo, pues es prolija la bibliografía al respecto y son muchos los profesionales de diversas materias –también los archiveros- que conocen lo que es y debe ser el procedimiento administrativo, pero se ha de hacer una breve referencia al mismo ya que el procedimiento administrativo y su reflejo documental, el expediente –y por lo tanto la serie documental- es la unidad básica de la gestión documental. Pero también el procedimiento administrativo ha de ser considerado como un importante principio de un sistema de información, y por ende, de documentación, pues no se puede concebir hoy en día el procedimiento administrativo aislado de la realidad informativa de una organización y de la gestión de procesos de la misma, aún más cuando el procedimiento y el expediente administrativo son los pilares de garantías y de diversos principios democráticos; por eso se ha expresado que el procedimiento administrativo es una *herramienta de optimización de las decisiones*²⁵, para los archiveros no hay ninguna duda en ello, de ahí que apliquen los postulados de la Archivística desde el mismo momento de la producción de un expediente e, incluso, desde el momento en el que éstos se conciben a la hora de diseñar un procedimiento: gestión documental en estado puro.

En primer lugar se ha de hacer mención a la idea que subyace en el procedimiento y es la esencia del trabajo en las administraciones públicas: el cauce, el iter, el camino desde un inicio a un fin, desde un punto de partida a una meta, y esta ruta no es aleatoria, ni queda al antojo de cualesquiera que interviene y participa en ese camino –¿o sí?-, al menos eso parece por el resultado de muchos conflictos llegados a los Órganos Judiciales en España en la actualidad²⁶. El procedimiento está establecido previamente para cada caso, pero siempre el procedimiento es *el conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución final, cuya finalidad es asegurar el acierto y la eficacia de la Administración, además de garantizar los derechos y libertades de los particulares*²⁷. Es por ello que el procedimiento administrativo se presenta como una garantía -y así quede expresado en el art. 105c) de la Constitución Española- y es la forma de manifestar los principios de objetividad y eficacia²⁸.

²⁵los principios democráticos refuerzan el desarrollo de la actividad comunicativa, expresión puntual de la actividad informativa, así como también determinan necesariamente la evolución del concepto de procedimiento administrativo, reconsiderándolo como herramienta de optimización de las decisiones, con una mejor y más completa consideración de todos los puntos de vista e informaciones. MUÑOZ RIVERO, R. Ob. cit. pp. 53-54.

²⁶ En primer lugar ¿qué ha ocurrido con el procedimiento administrativo y, por lo tanto, con el procedimiento documental?: no ha existido, esta parece ser la conclusión. Al contrario, se fraguó un “procedimiento” sin control, un informe policial hace un profundo análisis del caos, del descontrol absoluto, situación que ha sido reconocida, incluso, por alguno de los exDirectores Generales de la Consejería de Empleo. CRUCES BLANCO, E. “Paseillo de documentos, ERE que ERE”. Archivamos. ACAL nº. 86 (4/2012) p. 7.

²⁷ GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. Ob. cit. p. 196

²⁸ La exigencia de que la Administración ajuste su actuación a un cauce procedimental para la producción de actos administrativos (art. 105c) CE), no debe interpretarse en una acepción formalista y ritual. Por el contrario, el procedimiento administrativo se presenta como “una garantía

En segundo lugar, para el asunto aquí abordado, el procedimiento administrativo está asociado a una estructura común, conformada por actos encadenados y *hace referencia a la ordenación de una serie de actuaciones, a la concatenación de diferentes trámites, cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí para la producción de una decisión administrativa*²⁹. La ordenación del expediente está sujeta a unos principios y unos actos que deben ser observados tanto en la fase de tramitación como de terminación y todo ello en función de lo ya expresado: encauzar y articular los actos administrativos que son propios de un determinado procedimiento³⁰. Todas las fases del procedimiento administrativo (iniciación, tramitación y terminación) están asociadas a tipologías documentales bien definidas y conocidas: oficio, solicitud, denuncia, documentos que demuestran la alegación, la audiencia, la información pública, la comparecencia, informes, dictámenes, resolución, pacto, convenio.....La gestión de documentos y la gestión documental aplicada a los expedientes y a los archivos ha de tener en cuenta que también en las administraciones públicas existen dos categorías de documentos *de un lado, los documentos “principales” –solicitudes, alegaciones, comunicaciones, recursos, reclamaciones.... – que los interesados dirigen a la Administración; y de otro lado, los documentos “complementarios” a dichos escritos –certificados, títulos académicos o de otro tipo, otorgamientos de poderes, escrituras públicas....-. Respecto a los primeros, es claro que la Administración debe retener el documento original*³¹. Para abordar el necesario conocimiento de la gestión documental y la cuestión de los archivos de oficina, se ha de mencionar, asimismo, que existe, también un “procedimiento legislativo” y el “proceso judicial”, y en ambos casos, si bien sujetos a sus respectivas potestades, existe, igualmente una concatenación de actos y de tipos documentales propios y pertinentes³² y que, asimismo, van a requerir su custodia

de la adecuación de la actividad administrativa a criterios de objetividad y eficacia”, y, también, como una garantía del pleno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública (arts. 10.1, 103 y 105c) CE)). GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. Ob. cit. p. 135

²⁹ *Ibidem.* p. 135

³⁰ *Se denomina “ordenación del procedimiento” a la actividad de los órganos administrativos responsables del procedimiento dirigida a encauzar y articular los distintos trámites procedimentales en el orden y con la finalidad establecida por la Ley. Por ello, estos principios de la ordenación del procedimiento administrativo deben observarse tanto en la fase de tramitación como en la de terminación, los principios del procedimiento administrativo son: impulsión de oficio, orden de despacho de los asuntos, acumulación de expedientes, celeridad, cumplimiento de los trámites, cuestiones incidentales, términos y plazos. GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. ob. cit. p. 137, pp. 138-143; los actos de ordenación: La ordenación del procedimiento administrativo es la actividad que tiene por objeto encauzar los distintos trámites procedimentales para el correcto desarrollo del procedimiento. Por su propia naturaleza, los actos de ordenación son siempre actos de trámite, y generalmente están encomendados no tanto al titular del órgano competente de resolver como a las unidades administrativas dependientes de dicho órgano y encargadas de la tramitación del procedimiento GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. ob. cit. p.263*

³¹ Los autores hacen referencia a esta distinción en relación con el derecho a obtener copia sellada de los documentos y a su desglose GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Ob. cit.* p. 250

³² *El procedimiento administrativo es el modo de elaboración o producción de los actos y normas de las Administraciones Públicas. De la misma manera que el “procedimiento legislativo” es el cauce formal para el ejercicio de la potestad legislativa, o que el “proceso judicial” es el cauce formal para el ejercicio de la potestad judicial, el “procedimiento administrativo” es el cauce formal para el ejercicio de las potestades administrativas. En todos estos casos existe una estructura*

y conservación en los archivos de gestión y de oficina. Todos estos documentos han de ser expedidos con sus características formales intrínsecas y extrínsecas que les confieren validez y autenticidad –no sirve un post-it para que en él quede reflejada una resolución -¿o sí?, tal como se observa en algunas ocasiones-, la validez o invalidez del acto administrativo tiene que estar sujeta al ordenamiento jurídico y debe tener unos requisitos de producción³³.

Y en tercer lugar, por la implicación que tiene en los aspectos sobre gestión de documentos y gestión documental, se ha de recordar que el procedimiento administrativo esta sometido a una serie de principios generales: oficialidad, contradicción, publicidad, gratuidad³⁴.

Todas estas fases y principios, con sus correspondientes actos y documentos, han de estar ordenadas, el procedimiento -el expediente- no puede ser una amalgama de documentos –tal como se suele observar con frecuencia o incluso cuando los procedimientos administrativos son requeridos por un juez y entregados por la administración³⁵-. Porque el procedimiento administrativo es el eslabón básico para que no se rompa la cadena de los derechos y garantías de los interesados en un asunto: derecho a obtener información previa a la iniciación de un procedimiento, derecho a la identificación de las personas responsables del procedimiento, derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento y a obtener copias, la posibilidad del interesado a conocer el estado del expediente y de todos los documentos del procedimiento, el derecho a no presentar documentos ya en poder de la Administración, entre otros³⁶ y para ello, indudablemente, se requiere una adecuada gestión de documentos y unos correctos archivos de oficina.

El procedimiento administrativo es la estructura básica de funcionamiento en las administraciones públicas pero hoy en día está o debe estar relacionado con todo un sistema de proceso informativo en cualquier organización, pública o privada, y de ahí que en el funcionamiento de un órgano o una unidad administrativa deban ser tenidas en cuenta normas internacionales de organización de procesos, como por ejemplo la ISO 9000 que considera el proceso informativo como un modelo de apoyo o soporte en una organización; esta norma concede gran importancia a la estructuración del trabajo en procesos con la finalidad de controlar mejor los

común, conformada por una serie de actos –un “complejo de actos”, informes, providencias, propuestas de resolución....- encadenados entre sí e instrumentales respecto al acto jurídico público que pondrá término al procedimiento –ya sea una ley, una sentencia o una resolución administrativa-. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. Ob. cit. p. 235

³³ *el acto administrativo es válido cuando es conforme con el ordenamiento jurídico (art. 53 Ley 30/1992), los requisitos para la validez del acto administrativo son por un lado requisitos de producción (competencia y procedimiento art. 53.1.) y por otro lado requisitos materiales de contenido y fin. GALLEGU ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. Ob. cit. p. 195*

³⁴ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. Ob. cit. pp. 238-239

³⁵ *La Jueza de este caso ha tenido que pedir a la Consejería de Empleo que le facilite la documentación de forma ordenada y sistemática, y ha denunciado en varias ocasiones el estado caótico de los expedientes recibidos, pues más que expedientes cada carpeta era una suerte de papeles inconexos, un cúmulo de folios desordenados, inconexos y repetidos. En ello abunda la Cámara de Cuentas que afirma que los expedientes presentan importantes deficiencias de organización, control y custodia (desorden cronológico, duplicidad de documentos, ausencia de firmas, etc.). CRUCES BLANCO, E. “Paseillo de documentos...” p.*

³⁶ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. Ob. cit. pp. 245-250

resultados deseados cuando se coordinan recursos y requisitos, entre ellos los documentales. Asimismo el conjunto de normas ISO 30300 tiene por finalidad “crear documentos que rijan la gestión de las organizaciones” *abarcando todo su desarrollo: planificación estratégica, procedimientos, análisis de riesgos y mejoras de la gestión*³⁷. Tampoco podemos olvidar que los *procedimientos telemáticos deben ir acompañados de normas técnicas que recojan las características básicas del sistema de información a utilizar en la captación y conservación de los documentos electrónicos presentados*³⁸.

La exigencia del procedimiento debería estar complementada con la exigencia de que exista un expediente, pues éste es la *esencia documental*, es el *soporte de los datos para la información de la Administración*³⁹.

1.3.- Garantías.

El acto administrativo, y la concatenación de estos actos, contribuye *de forma decisiva a que la actuación de la Administración contemporánea se desarrolle con el grado de eficacia que el principio del Estado social exige, sobre todo, precisamente, a los órganos administrativos*⁴⁰. Todo lo antedicho no tendría relevancia alguna para los ciudadanos sino fuera porque los fines institucionales del procedimiento administrativo tienen unas funciones de garantía con respecto a los derechos de los administrados y con respecto al interés público⁴¹, unos derechos generales de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas entre los que puede ser destacado, por su estrecha relación con los documentos, el derecho de acceso. Y cuando de este derecho se ha de tratar no se puede olvidar que implica tanto la posibilidad de ser informados sobre un asunto o de consultar unos documentos, como el derecho a la privacidad y a la confidencialidad⁴², de manera que se pueda decidir cuándo, cómo y dónde pueden ser consultados datos personales, lo que lleva implícita la responsabilidad de quien los custodia, dónde los custodia y de qué manera.

Y con respecto a estas garantías, así como la relación existente con la seguridad y la custodia de los documentos, se ha de recordar –por estar implícitamente

³⁷ REQUEJO, J. “El nuevo papel de los archivos en las organizaciones: las normas ISO 30300”. *Archivamos*. nº83 (01/2012) p. 27

³⁸ CRESPO RODRIGUEZ, M. “Los registros telemáticos y archivos de la documentación electrónica”. *Administración electrónica y procedimiento administrativo*. Ministerio de Economía. Madrid. 2004 p. 409

³⁹ MUÑOZ RIVERO, R. *Ob. cit.* p. 145; *Poner el énfasis de la definición del expediente en su esencia documental y, por consiguiente, en su carácter de soporte de datos para la información de la Administración, supone reconocer que los expedientes, estando íntimamente relacionados con los procedimientos administrativos (en su concepción jurídica convencional) también se conectan con el resto de herramientas que comparten la condición de soporte informativo y continente documental de datos en manos de las Administraciones públicas. Ibidem.* pp.97-98

⁴⁰ GALLEGO ANABITARTE, A. y MÉNDEZ REXACH, A. *Ob. cit.* p.24

⁴¹ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Ob. cit.* pp. 235-236

⁴² *Privacy: This is the right individuals have to control how their personal information is handled, that is, their right to determinate what personal information is collected, used and disclosed, when, how and with whom.* p. 17; *Confidentiality is the obligation of a person/organization to keep the information private. Security refers to those mechanisms engaged to restrict access and preserve the integrity of the information.* p. 10. *Standards for record keeping.* College of Occupational Therapists of Ontario. 2008

contenido en la gestión documental- la adecuada custodia de los documentos, recordemos que la infidelidad en la custodia de los documentos está recogida en el artículo 413 del Código Penal, de manera que se castiga la conducta del funcionario que priva a la [Administración](#) de aquellos [documentos](#) necesarios para el desempeño de sus funciones. En este sentido y en relación con lo que supone la gestión documental integrada en la producción, gestión y custodia de los documentos, se ha de recordar que el Código Penal también castiga la destrucción o inutilización de documentos.

1.4.- El buen gobierno.

El buen gobierno es un conjunto de procesos, costumbres, políticas, normativas, etc, en el seno de una organización, también en las administraciones públicas, pues el buen gobierno es también asumir responsabilidades, propiciar la transparencia, la participación y la comunicación, y por ello administrar adecuadamente. En este sentido la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la cumbre de Niza del año 2000, establece el principio de “buena administración”. En la actualidad en España junto al concepto de “buen gobierno” se asocia la idea de “transparencia”. Sin entrar en la banalización de esta palabra y del abuso de la misma⁴³, al menos por lo que respecta a la gestión documental como piedra angular para la existencia de una verdadera transparencia, consideramos que *la transparencia y el acceso son imposibles sin la aplicación de una ley y un desarrollo normativo de la misma, como por ejemplo la Ley 7/2011 o todas aquellas cuyo articulado propugne actuaciones similares*⁴⁴. Todo ello, transparencia, acceso y publicidad en las administraciones públicas han de ser piezas clave de un Estado Democrático⁴⁵ y esos tres ejes fundamentales no pueden existir sin archivos.

Y en esta relación ineludible entre el buen gobierno y los documentos que son producidos por las Administraciones Públicas no se ha de olvidar el concepto de rendir cuentas ante la ciudadanía y en este sentido los documentos son piezas claves –quizá las únicas- para tal acción⁴⁶.

1.5.- Gestión de documentos, gestión documental y Normas ISO.

La gestión de documentos contemplada desde el punto de vista de los archiveros es una técnica de trabajo, pero ésta ha de ser entendida y compartida, pero sobre todo iniciada por quienes producen y reciben los documentos en cualquier oficina. El *Diccionario de Terminología Archivística* del Consejo Internacional de Archivos define la gestión de documentos (records management) como *el área de gestión administrativa general relativa a conseguir economía y eficacia en la creación, mantenimiento, uso y disposición de los documentos*. La gestión de documentos

⁴³ CRUCES BLANCO, E. “Se rompió la palabra transparencia de tanto usarla”. *Archivamos*. nº87 (01/2013) pp. 5-9

⁴⁴ CRUCES BLANCO, E. “El acceso a la información”. *TRIA*. nº17 (2013) pp. 156-157

⁴⁵ *La publicidad o transparencia de las Administraciones Públicas se considera hoy en día como un corolario ineludible de todo Estado democrático, en el cual los ciudadanos deben poder controlar el ejercicio del poder público, lo que requiere el acceso a las fuentes de información públicas*. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Ob. cit.* p. 221

⁴⁶ *Standards for record keeping*. College of Occupational Therapists of Ontario. 2008. p. 1

se ha de entender como una de las formas de trabajar en los archivos de oficina, allí donde se producen los documentos, como *el desarrollo y puesta en práctica de una serie de procesos de control profundamente enraizados en el mundo burocrático, para alcanzar como resultados prioritarios que al reducirse los porcentajes de conservación, aumentarán los niveles de eficacia, agilidad y economía*⁴⁷ y, por lo tanto, no se está mencionando otra cosa que la correcta tramitación de un procedimiento administrativo, de la adecuada ordenación de los documentos dentro de un expediente y de los expedientes entre sí; con ello se trata, asimismo, de la adecuada ordenación, tratamiento, custodia y conservación de la documentación administrativa; pero hoy en día la gestión de documentos se extiende más allá del documento en sí, pues se intenta el correcto diseño y función de los documentos⁴⁸. La gestión de documentos y la gestión administrativa son tareas que no pueden estar dissociadas, los archiveros –records managers- deben trabajar, por lo tanto, al unísono con los responsables de un determinado procedimiento, y desde luego con los responsables políticos y administrativos del diseño de acciones, situación tiene una larga tradición desde mediados del siglo XX y cada día se hace más perentoria⁴⁹.

En este sentido en la actualidad existe un conjunto, una familia, de Normas ISO relativas a la gestión de documentos. La ISO 30300 y la ISO 30301 es el conjunto de normas que permite una metodología de gestión, lo cual es familiar en las administraciones públicas, al fin y al cabo esta Norma es una herramienta para la gestión documental, es el instrumento para conseguir las buenas intenciones de la transparencia y el buen gobierno y, sin duda, el vehículo para dar a conocer que la gestión documental es un activo estratégico en toda organización pública o privada⁵⁰.

Por otro lado la gestión de documentos está hoy asociada a la ISO 15489 que desde su aparición imprimió un nuevo enfoque a la gestión de los documentos, pues ésta se concibe como un modelo de gestión integrado y coordinado con todos los modelos de gestión –de cualquier tipo- existentes en la organización. La aplicación de esta Norma supone una mejora que permitiría responder adecuadamente a los cambios producidos en el conjunto de necesidades informativas de la entidad con el objeto de satisfacer al usuario en todo

⁴⁷ CONDE VILLAYERDE, M^a L. "De la gestión de documentos a los Sistemas de Gestión de Documentos electrónicos: un proceso de normalización y globalización". Seminario Internacional dos Arquivos de Tradição ibérica. Lisboa, 2005. http://dgarq.gov.pt/files/2008/10/boltt_12.pdf

⁴⁸se puede afirmar que la gestión de documentos no sólo está ligada a la administración, sino también que su incumbencia abarca la producción documental. TABOADA CARDOSO, F. y NIELSEN de ALLENDE, M. *Archivística y normalización. Norma ISO 15489*. Buenos Aires, 2006 p. 16

⁴⁹ La administración moderna reclama a los archiveros, de forma progresiva, un mayor número de respuestas a los problemas que plantea la documentación contemporánea, obligado a una mayor intervención de este colectivo profesional en el ámbito de la gestión de documentos, es decir, en el tratamiento de los documentos antes de que éstos adquieran valor histórico. LLANSÓ i SANJUAN, J. *Gestión* p. 16.

⁵⁰ Son unas normas que están dentro de la categoría de Normas ISO denominada "Normas de sistemas de Gestión" (Management Systems Standard) conocidas como MSS; la aplicación de los grupos de normas ISO 9000, ISO 14000 o ISO 27000 ha supuesto un cambio en la gestión de las organizaciones tanto públicas como privadas. REQUEJO, J. "El nuevo papel de los archivos en las organizaciones: las normas ISO 30300". *Archivamos*. nº83 (01/2012) p. 27

momento⁵¹. La Norma ISO 15489-1, “Información y documentación. Gestión de documentos. Parte 1. Generalidades”, y su complementaria la ISO 15489-2, “Información y documentación. Gestión de documentos. Parte 2. Directrices”, son una necesaria herramienta para la evaluación de la gestión documental en toda organización. Se ha de tener en cuenta que la ISO 15489 no es una regla para gestionar archivos sino una norma *orientada a la creación de un sistema de gestión de documentos en cualquier organización que quiera implantar o tenga implantada la norma ISO 9001*⁵². Se debería hacer hincapié sobre la necesidad de aplicar la Norma ISO 15489 ya que mucho tiene que ver con la gestión de documentos administrativos, incluidos los documentos electrónicos, así como con la definición de documentos administrativos; la Norma expresa igualmente los beneficios de la gestión de documentos y los requisitos para dicha gestión, pues se entiende que cualquier organización para *cumplir con el marco reglamentario y facilitar la necesaria rendición de cuentas, las organizaciones deberían crear y mantener documentos auténticos, fiables y utilizables, y proteger la integridad de dichos documentos durante todo el tiempo necesario. Para lograr esto, las organizaciones deberían establecer y llevar a cabo un exhaustivo programa de gestión de documentos.*⁵³.

Y en relación con la gestión de documentos no se ha de olvidar la Norma ISO 9000, “Sistemas de gestión de calidad. Fundamentos y vocabulario” y su complementaria la ISO 9001:2000, “Sistemas de gestión de calidad. Requisitos”, pues forman parte del análisis tanto de resultados como de una evaluación para la mejora de los procedimientos internos y externos de toda organización.

Todo lo expresado con respecto a la gestión de documentos es de aplicación para el documento electrónico, para los procedimientos electrónicos y, en definitiva, para la denominada e-administración, si bien es cierto que en un entorno electrónico el documento, y su tratamiento archivístico, ha de contar con requisitos propios que sigan garantizando su carácter de testimonio y su conservación⁵⁴ de ahí que la gestión de documentos con una larga tradición,

⁵¹ MORO CABERO, M. *Interpretando la cartografía de la gestión de documentos en las organizaciones*. [en línea]. “Hipertext.net” num. 2,2004 <http://www.hipertext.net>.> p. 3

⁵² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, E. *Archivos y normas ISO*. Gijón, 2007 p.88

⁵³ Esta norma surge a modo de guía para la práctica de la gestión de documentos administrativos, esta norma redefine el concepto de documento, el documento administrativo es considerado tanto en su ciclo vital como en su valor testimonial, de evidencia, durante todo el ciclo, así como por su carácter probatorio en un contexto de producción dado. Incluye la norma tanto el documento electrónico como el virtual. - Sistema de Gestión de Documentos en soporte tradicional. Punto 4.- *Beneficios de la gestión de documentos. La gestión de documentos regula las prácticas efectuadas tanto por los responsables de su gestión como por cualquier otra persona que cree o use documentos en el ejercicio de sus actividades.* Punto 7.- *Requisitos de la gestión de documentos, Principios de un plan de gestión de documentos. Los documentos se crean, reciben y utilizan durante la realización de las actividades propias de cada organización.* Norma ISO 15489 p. 44 y ss.

⁵⁴ *En el nuevo entorno electrónico los elementos esenciales sobre los que se asienta el documento de archivo –su carácter de testimonio y la necesidad de garantizar su posible conservación definitiva muy diferentes de los tradicionales permaneciendo en todo momento accesible –requieren unos planteamientos muy diferentes de los tradicionales y sobre todo la aplicación de estos criterios archivísticos en la fase de diseño de los sistemas que posteriormente producirán los documentos ya que de otra forma nunca llegarán ni a producir testimonios auténticos, íntegros y fiables, ni la obsolescencia tecnológica permitirá su accesibilidad y*

experiencia y criterios en su aplicación en documentos en soportes tradicionales haya sido pronto aplicada a la gestión de documentos en la e-administración⁵⁵. Pero indudablemente la gestión de documentos electrónicos tiene unos requisitos propios debido, casi siempre, al carácter no tangible ni del documento y ni de los procedimientos y, por qué no decirlo, debido a la intervención en el proceso de diseño de los propios documentos y de los procedimientos de herramientas informáticas y de quienes son los mecánicos de las mismas. Por ello en el ámbito de la Unión Europea la Norma ISO 15489 se ha utilizado como punto de referencia constante para su *Modelo de Requisitos de los Sistemas de Gestión de Documentos Electrónicos* (MoReq- *Model requirements for the Management of electronic Records*) –que en la actualidad aplica la segunda versión-⁵⁶, requisitos que intentan en primer lugar que el documento, para servir de prueba, ha de ser auténtico, fiable, completo e inalterable, y utilizable, de manera que MoReq2 *tiene un módulo de base que contiene los requisitos esenciales necesarios para proporcionar una gestión electrónica fidedigna de documentos y varios módulos opcionales que puede añadirse si se quiere una funcionalidad adicional*⁵⁷.

2.- Gestión documental y archivos

La gestión documental -records keeping- es el tratamiento integral de los documentos, incluida la gestión administrativa, que pretende conseguir economía y eficacia en la creación, mantenimiento, uso y disposición de los documentos a lo largo del ciclo vital de los mismos, un principio de la Archivística basado en las tres edades de los documentos⁵⁸. La gestión de documentos –tal como se ha analizado- y la gestión documental están detrás de cualquier actividad pública o privada que garantice la transparencia, o mejor dicho, es una tarea que será previa pues sin gestión documental no hay buen gobierno. No se ha de olvidar, asimismo, que los sistemas de gestión tienen que ser compatibles con los sistemas de gestión de la calidad.

Ya se ha expuesto que la Ley 7/2011, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía en el art. 2 m) define la gestión documental, pero en ello

conservación de forma permanente. CONDE VILLAYERDE, M^a L. “De la gestión de documentos.....p. 5

⁵⁵ GARCÍA-MORALES, E. *Gestión de documentos en la e-administración*. Barcelona, 2012. El Consejo Internacional de Archivos facilita la herramienta ICA-Req. *ICA-Req as a tool for audit. Software, functional requirements: evaluating data and metadata to ensure long-term preservation*. <http://www.ica.org>.

⁵⁶ CONDE VILLAYERDE, M^a L. “De la gestión de documentos....; MoReq describe y define los requisitos a considerar para una correcta gestión de documentos electrónicos de archivo, incide especialmente en los requisitos funcionales para tal gestión. Ha sido concebido para su aplicación en todas las organizaciones públicas y privadas que deseen introducir un SGDEA (Sistema de Gestión de documentos electrónicos administrativos) o bien quieran evaluar la capacidad del que ya poseen. MoReq2 aborda los impactos del cambio tecnológico y tiene en cuenta nuevas normas y buenas prácticas, y está destinado a un amplio espectro de organizaciones de los sectores público y privado que desean desarrollar un sistema electrónico de gestión de documentos (ERMS). MoReq. <http://www.moreq2.eu/>

⁵⁷ MoReq. <http://www.moreq2.eu/>

⁵⁸ Ciclo vital de los documentos: *Etapas por las que sucesivamente atraviesan los documentos desde que se producen en el archivo de gestión y pasan por el archivo central y/o intermedio, hasta que se eliminan o se conservan en un archivo histórico. Diccionario de terminología archivística*. Normas Técnicas de la Dirección de Archivos Estatales. Ministerio de Cultura. Madrid, 1993 p. 26

abunda el art. 53: *la gestión documental es el conjunto de funciones y procesos reglados, aplicados con carácter transversal a lo largo del ciclo vital de los documentos para garantizar el acceso y uso de los mismos así como para la configuración del patrimonio documental de Andalucía*. Por lo tanto, esta concepción de la producción de documentos, su control y gestión a lo largo de todos los momentos por los que los documentos van pasando y, sobre todo, esa idea crucial de que la gestión documental abarca todos los momentos de un procedimiento, y en cualquier oficina o lugar de decisión, es la clave para la adecuada gestión documental, y está en relación con lo indicado en la ISO 15489-1, con la perspectiva de un nuevo enfoque que concibe la gestión documental como un modelo de gestión integrado y coordinado con todos los modelos de gestión existentes en la organización. Todo ello supone una mejora que permitirá responder adecuadamente a los cambios producidos en el conjunto de necesidades informativas de la entidad con el objeto de satisfacer al usuario en todo momento⁵⁹. La gestión documental parece haberse convertido en la piedra filosofal de la gestión de archivos y es cierto, es la columna vertebral del trabajo en un archivo y en un sistema de archivos, pero también en el trabajo diario de la gestión administrativa, pública o privada. No obstante, no se puede convertir la gestión documental en el bálsamo que todo lo cura, hay más trabajo que hacer y desarrollar tanto en un archivo, del tipo que sea, como en la ejecución de las funciones que cualquier unidad administrativa deba desarrollar, es decir aquellas funciones que deba llevar a cabo para alcanzar el buen gobierno, la buena administración, la transparencia, la rendición de resultados, etc.. Hoy en día tal vez se abusa de este concepto, gestión documental, y además se presenta como si fuera un descubrimiento reciente, cuando de todos es sabido que la gestión documental es una práctica archivística antigua, más antigua, incluso que la existencia del término.

2.1. Gestión documental.

La gestión documental está integrada en la práctica profesional de quien produce y recibe documentos, y estos documentos, además, tienen valor legal, son un “contrato” con respecto a quienes se van a ver influidos, condicionados o relacionados con esos documentos, y, además, como queda indicado, porque esos documentos son siempre evidencias⁶⁰. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, consideramos que ha existido –y existe– una laxitud por lo que se refiere al control de los documentos y de la información a lo largo de la existencia de los mismos y, desde luego, no se hace referencia a la gestión documental como una parte de la actividad administrativa, salvo excepciones. Por ello *una de las novedades de la Ley 7/2011 es la introducción de la metodología de la gestión documental*. Así debe recordarse que unos de los objetos de la Ley es precisamente regular la gestión de los documentos de titularidad pública y del

⁵⁹ MORO CABERO, M. *Ob. Cit.* p. 3

⁶⁰ *Keeping records is an integral part of every occupational therapist's practice and a demonstration of their professional accountability. The client record is a legal document and source of evidence whose primary purpose to officially record events, decisions, interventions and plans. Standards for record keeping.* College of Occupational Therapists of Ontario. 2008. p. 1

Patrimonio documental de Andalucía –art. 1-⁶¹, como bien se ha puesto de manifiesto⁶².

La inclusión del concepto de gestión documental y la definición del mismo en la Ley 7/2011 no cabe duda que puede ser un acierto, al menos se entiende que su aparición en este tipo de norma obligará a su conocimiento y, desde luego, a su aplicación, aunque habrá que esperar a que su eficacia sea demostrada. Y si algo se ha de destacar con respecto a esta Ley y el concepto de gestión documental es la idea de que ésta es *común e integrada en la gestión administrativa*⁶³. Por todo ello, por la necesaria referencia en un ley sobre documentos y archivos a la pieza clave de un sistema de información y de archivos -la gestión documental- llama la atención que el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso⁶⁴, no defina ni mencione la gestión documental, tal vez esta norma, como tantas otras, sea recalcitrante en una “constante histórica” de las normas sobre archivos y sobre procedimientos administrativos en España⁶⁵. Lo que se ha de reiterar es que siempre, pero hoy en día aún más, la gestión documental es una cuestión que afecta tanto a archiveros como a los empleados públicos en general⁶⁶.

Ley 7/2011 dedica el Título III a la Gestión documental de manera que se incluyen definiciones y referencias: al concepto de gestión documental, a la funciones de la misma, a la aplicación en los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía, a la gestión documental en la Junta de Andalucía, a la custodia de los documentos electrónicos y a diversos aspectos sobre los sistemas de Información de la Junta de Andalucía, lo cual indica que existe, al menos en el planteamiento de la Ley, una preocupación tanto por los documentos –en el soporte que sea- como por la información. No obstante a lo largo de todo el articulado de la Ley hay dos asuntos permanentes: el acceso y la gestión documental⁶⁷.

⁶¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Aproximación a la Ley 2/2011 de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*” nº82/2012 p. 58

⁶² VALIENTE FABERO, M.I. “La gestión documental en la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía”. *TRIA*. nº 17 (2013) pp. 121- 144; las leyes que pertenecen a esta segunda generación de leyes de archivos, tienen, entre sus características, la *consideración de la gestión documental como pilar fundamental de la gestión administrativa....lo primero que centra la atención del legislador es el documento y su gestión*. PAEZ GARCÍA, M. “La Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía en el contexto de las leyes de archivos de segunda generación”. *TRIA* nº17 p.99

⁶³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Aproximación.... la ley recalca la idea según la cual gestión documental (en el ámbito de la Junta de Andalucía) es común e integrada en la gestión administrativa –art. 56.1-. Pero sobre todo la Ley 7/2011 insiste en el carácter transversal de la gestión documental, “ya que participan en la misma todas las personas responsables de la gestión administrativa y se aplica a todos los ámbitos de actividad” –art. 2.m)-. P.58

⁶⁴ Boletín Oficial del Estado. nº284 de 25 de noviembre de 2011.

⁶⁵ *En España, una auténtica falla del sistema ha sido la (falta de) regulación estatal de la gestión documental administrativa*. GUICHOT REINA, Emilio. “La transparencia en España: estado de la cuestión”. *El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos*. Tabula nº15. (2012) p. 277

⁶⁶ VALIENTE FABERO, M.I. *ob. cit.* p. 123

⁶⁷ *Por ello el asunto del acceso, junto con el concepto de gestión documental, está inserto en el articulado de la Ley 7/2011, está expandido por ella, porque sin ambos pilares básicos los*

El art. 54 define y establece las funciones de la gestión documental⁶⁸, que deben ser aplicadas a los documentos y por lo tanto han de ser cumplidas y empleadas por todos los responsables de los documentos y de la tramitación de procedimientos; estas funciones son: la identificación, la valoración, la organización, la descripción, la conservación, la custodia, el acceso y el servicio. Las normas de desarrollo que requiere la Ley 7/2011 deberían establecer la necesaria metodología de trabajo que un programa de gestión de documentos y por ende una gestión documental transversal, insta⁶⁹.

En cualquier caso esta idea de una gestión documental con carácter transversal está en relación, asimismo, con la gestión de la información, lo cual tiene, igualmente, un carácter general y que toda organización ha de contemplar como un recurso estratégico más, como un proceso de apoyo necesario para la institución⁷⁰. La Ley 7/2011 y su perentorio desarrollo normativo, así como las normas y directrices para la gestión documental afectan a todos los momentos relacionados con la producción y gestión de documentos y, por ello, con toda la información producida o manejada por una organización: la definición de los documentos y de la información en sí misma, el control de las actuaciones, la definición de los asuntos organizativos y administrativos, a la vez que provee de un sistema de control a los documentos -mediante una signatura-, permite el dominio de la privacidad y el acceso, los aspectos relativos a la confidencialidad y la seguridad, la valoración y selección de la documentación.

En la actualidad no se puede obviar que la gestión documental es una línea estratégica de la administración electrónica; la gestión documental, también lo es para los documentos electrónicos, y, de igual manera, comprende todo el ciclo de vida de dichos documentos en cada una de sus fases: creación y captura en un entorno seguro, selección y disposición de conjuntos documentales, preservación, transferencia y conservación de esos conjuntos documentales⁷¹, de ahí la referencia explícita a ello en el art. 58 de la citada Ley (archivo y custodia de documentos electrónicos de la Junta de Andalucía) y la apremiante necesidad reguladora para que *en los procesos de diseño de los documentos se incorporen los elementos necesarios que garanticen su autenticidad, fiabilidad, integridad,*

documentos y los archivos no estarían cumpliendo los objetivos para los que fueron creados y para la funcionalidad de los mismos. CRUCES BLANCO, E. "El acceso a la información...p. 159

⁶⁸ La función archivística podría ser definida como el conjunto de actividades necesarias para alcanzar la adecuada conservación, custodia y uso de los documentos, en todo momento del ciclo vital de los mismos. Sobre estas funciones en relación con la actividad administrativa vid: *Manual de tratamiento de archivos administrativos*. Normas técnicas de la Dirección de Archivos Estatales. Ministerio de Cultura. Madrid, 1992; *Archivos de oficina*. Subdirección General de los Archivos Estatales. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Madrid, 2003

⁶⁹ Metodología para el diseño, implantación y control de ese programa. MORO CABERO, M. *Ob. cit.* p. 2

⁷⁰ *La representación de la gestión de la información como un proceso de apoyo (como recurso estratégico) respetando la lógica sistémica de una organización nos ayuda a comprender como la Institución caracteriza, dada su cultura corporativa, los recursos disponibles, las necesidades de sus clientes y las metas establecidas, incluida la propia gestión de la información.* MORO CABERO, M. *Ob. cit.* p. 6

⁷¹ CRUZ MUNDET, J.R. "La gestión de los documentos electrónicos como función archivística". AABADOM. (julio-diciembre, 2003) p. 9

disponibilidad y contextualización –art. 57b)-, en el sentido de un funcionamiento adecuado, también, de la administración electrónica⁷².

La gestión documental es objeto de regulación en leyes y normas de muchos países y son muy numerosas recomendaciones, directrices y “declaraciones” que en este sentido aparecen, siempre en relación con la idea, de que una adecuada gestión documental y de archivos es el ara donde reposa el dogma del buen gobierno, de la transparencia y de otros derechos relacionados con los documentos⁷³.

El Congreso Internacional de Archivos del año 2008 fue dedicado a *Archivos, Gobierno y Desarrollo: dibujar la sociedad del futuro*, pero ese futuro ya está aquí, este desarrollo en los diversos países depende de las circunstancias políticas e ideológicas, pero también de la capacidad económica y tecnológica, por ello el Consejo Internacional de Archivos entendió que *el tema de Gobierno pretendía tratar, en particular, la contribución que la buena gestión de archivos puede suponer para la eficacia administrativa, la transparencia, la eficiencia y la protección de los derechos humanos*⁷⁴.

Sí pues para garantizar todo lo expuesto, la gestión documental es transversal en toda una organización o administración, abarca todo el ciclo vital de los documentos y requiere todas las funciones expresadas, sobre todo para evitar comportamientos muy frecuentes en la administración pública como la destrucción de documentos –por desidia, por falta de conocimientos, por ideas erróneas, por inadecuada instalación, - por ¿interés?- etc.- sin tener en cuenta períodos de conservación y la posibilidad de una eliminación reglada y regulada⁷⁵ y para que el derecho de acceso a los documentos sea eficaz, cierto y sin desigualdades, porque no cabe duda de que el derecho de acceso requiere eficacia, y no hay eficacia sin adecuada gestión documental y por estas razones los documentos y los archivos no deben estar exclusivamente asociados al patrimonio documental y a la materia cultural⁷⁶.

⁷² ...el regular funcionamiento de la Administración electrónica exige que se produzca el adecuado almacenamiento de documentos, y por ello deberá estar garantizada su conservación y custodia, tendrán un orden, el acceso a los documentos electrónicos debe estar garantizado, y los medios o soportes en que se almacenen los documentos deben contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. CRESPO RODRIGUEZ, M. “Los registros telemáticos y archivos de la documentación electrónica”. *Administración electrónica y procedimiento administrativo*. Ministerio de Economía. Madrid. 2004 pp. 405-407

⁷³ *Declaration on recordkeeping for good governance*. Pacific Regional Branch of International Council on Archives. PARBICA: 1.- Recognising the extreme importance of well managed recordkeeping systems as a fundamental pillar for good governance. 2.- Recalling that the creation and management of records as evidence of decisions and actions is essential to accountability, transparency and efficiency. <http://www.ica.org>.

⁷⁴ PROCTER, M. “Archivos, Gobierno y Desarrollo: dibujar la sociedad del futuro”. *Governance, development and strategic alliances*. Actas del Congreso Internacional de Archivos. Kuala Lumpur 2008. Comma. 2009. p. 25

⁷⁵ ...a process for retention and destruction of records that ensures that records are maintained for the required period of time and are destroyed in an appropriate manner and in accordance with jurisdictional legislated retention and destruction requirements. *Standards for record keeping*. College of Occupational Therapists of Ontario. 2008. p. 11

⁷⁶ En definitiva, es preciso dotar al derecho de acceso de eficacia, y eso pasa por una buena regulación y práctica de la gestión documental –acabando con la anomalía de la aproximación

Por otra parte la gestión documental ha de permitir la custodia y la conservación, la aplicación de un programa de gestión documental ha de garantizar la seguridad física y tecnológica de los documentos y de la información⁷⁷.

Existe una Ley que trata expresamente sobre la gestión documental, sin lugar a dudas un acontecimiento necesario e importante, pero ahora queda su aplicación y con independencia de lo establecido en el Régimen Sancionador de la Ley 7/2011 (Título VI) e incluso lo regulado en el Código Penal, queda por comprobar la eficacia de esta norma, pues las causas para la inadecuada o inexistente gestión documental suele ser la falta de medios materiales, humanos y técnicos que propician, además, el incumplimiento de disposiciones ya existentes⁷⁸.

2.2.- Los archivos de oficina

No es este el lugar para analizar las tipologías de archivos y sus clases, ni tan si quiera lo que una red de archivos supone para garantizar la existencia de la información y de la documentación para los fines y necesidades que se determinen. No obstante no habrá adecuada gestión de documentos ni gestión documental si el tratamiento archivístico no comienza en los archivos de oficina y además porque allí donde existe un archivo de oficina hay eficacia y eficacia, celeridad y garantías en los procedimientos, de manera que el archivo de oficina ha de ser considerado una unidad administrativa más, aunque la Ley 30/92 (LRJAP) también perdiera la oportunidad de integrar en la misma el concepto de archivo como unidad básica de la administración pública⁷⁹.

"cultural" a la información y documentación administrativa- la formación y especialización de las autoridades y funcionarios responsables de gestionar las decisiones sobre publicidad de la información, la previsión de sanciones disciplinarias para los que obstaculicen la aplicación de la ley, la creación de guías ciudadanas que hagan accesible a los ciudadanos el entendimiento de alcance del derecho y su ejercicio, unidos al auxilio personal a quien lo requiera, o la llevanza y publicidad electrónica de registros de documentos que permitan búsquedas con criterios sencillos. GUICHOT REINA, Emilio. Ob. cit. p. 278

⁷⁷ *This is the administrative, physical and technological safeguards a healthcare agency has in place to prevent accidental or intentional disclosure by inappropriate Access or by unauthorized individuals. It also includes the mechanisms I place to protect the information from alteration, destruction and loss. Standards for record keeping.* College of Occupational Therapists of Ontario. 2008. p. 17

⁷⁸ *Si analizamos las posibles causas.....el principal problema sería la falta de medios materiales, humanos y técnicos para manejar correctamente la ingente cantidad de documentación generada.* CIUDAD SÁNCHEZ, P. "Condena de papel. Un funcionario ha sido condenado por arrojar a un contenedor de basura más de dos mil documentos". *Archivamos*. nº80 (02/2011) p. 14

⁷⁹ Es una reflexión que expuso el profesor Ángel Sánchez Blanco hace ya algún tiempo y que aún pone de manifiesto en sus diversos trabajos en relación con la documentación pública. SÁNCHEZ BLANCO, A. "Los derechos de los ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas". *Revista de Administración Pública*. Nº132. (1993) pp. 41-97; *La recuperación del concepto de archivo por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, no permite constatar más que, al margen de su larga denominación, no resolvió el problema basilar del régimen administrativo y del procedimiento con que tienen que actuar los entes públicos: garantizar la intangibilidad del documento público en la tramitación administrativa, en garantía de la objetividad y eficacia de la propia actuación pública y en garantía de los derechos de los ciudadanos afectados por la tramitación de un procedimiento administrativo.* SÁNCHEZ BLANCO, A. "Patrimonio documental y documentos públicos". ...) p. 78

La Exposición de motivos Ley 7/2011 entiende que el archivo de oficina es *el núcleo en el que se origina el ciclo vital de los documentos y la cadena de custodia*, por lo tanto es la base de todas aquellas condiciones, características y atribuciones del procedimiento administrativo y donde surgen y emanan los actos administrativos, en ello el art. 2g) define el archivo de oficina (*conjunto orgánico de documentos producidos o recibidos en el ejercicio de sus funciones por una unidad administrativa*) y en ello abunda el art. 38.2, en el que se indica, de manera precisa, para que no haya confusiones, que *las personas responsables de las unidades administrativas velarán porque sus respectivos archivos de oficina custodien y conserven los documentos de los procedimientos en fase de tramitación, hasta su transferencia al archivo correspondiente.....*, gestión documental en estado puro. En este sentido el art. 9 del Real Decreto 1708/2011 define también los archivos de oficina o de gestión⁸⁰, no perdiendo, en este caso una importante oportunidad.

Tal como se ha venido indicando los documentos son producto de la actividad administrativa y de procedimientos reglados, de manera que el archivo de oficina ha de ser una parte fundamental de esa actividad administrativa, son unidades básicas para el apoyo administrativo y la para la adecuada conservación, tratamiento y recuperación de la información⁸¹, a la vez que constituyen la memoria de la administración pública⁸². Sin embargo esta realidad no forma parte de la cultura administrativa y una ley como la aquí tratada no podrá cambiar actitudes y comportamientos con respecto a la documentación administrativa y los archivos de oficina ya que *el problema radica en que los archivos no se consideran parte de un procedimiento, parte de la gestión diaria; el archivo es entendido como el fin, como el cementerio del expediente administrativo, la clausura de un procedimiento, la condena al ostracismo de la información. Pero de estos pensamientos erróneos y erráticos se derivan nefastas consecuencias, por ello habría que incluir en la conciencia administrativa pública y privada, y en el acontecer diario de cualquier administración, institución, organismo o empresa que el archivo es la unidad sobre la que gravita el centro del adecuado funcionamiento de la actividad encomendada a estas unidades*⁸³.

Los archivos de oficina no son los únicos que pueden garantizar un sistema de información ni son los únicos sobre los que recaen todas aquellas funciones de los documentos y de los expedientes administrativos, es necesaria una red de archivos y sobre ello también se legisla en el art. 2k) de la Ley aquí analizada⁸⁴.

⁸⁰ Son aquellos archivos existentes en todos los órganos y unidades administrativas para la custodia de los documentos.

⁸¹ *Los documentos son una consecuencia necesaria e inevitable de la actividad administrativa. Los archivos, que se producen de forma natural por la acumulación de estos documentos, también y su gestión es parte del trabajo del órgano o unidad administrativa.* CARNICER ARRIBAS, M.D., CONDE VILLAVERDE, M.L., MARTÍN-PALOMINO, M. y ROMERA IRUELA, L. *Archivo de oficina*. Ministerio de Cultura y Deporte. Madrid, 2003 p. 8, p. 50

⁸² *.....Archivos, expedientes, ficheros y registros componen, al fin y al cabo, la memoria de la Administración pública.* MUÑOZ RIVERO, R. *ob. cit.* p. 97

⁸³ AQUESOLO VEGAS, J. y CRUCES BLANCO, E. *No perdamos los papeles. Archivística para no Archiveros*. Cádiz, 2010 (2ª ed.). p. 10

⁸⁴ Red de archivos: conjunto de archivos vinculados entre sí en razón del traspaso de la custodia de documentos a lo largo de la vida de estos o de la posibilidad de compartir y explotar la información común o de poseer características comunes.

Tal vez la existencia de esta red pudiera evitar todas las situaciones que en la actualidad proliferan por las administraciones públicas y órganos judiciales, quizá la Ley 7/2011 que presenta como novedad agregar a la red de archivos los archivos de todas esas unidades administrativas⁸⁵ pueda lograr uno de los pilares básicos de la Archivística.

2.3. Los archiveros.

La custodia, la conservación y el tratamiento adecuado de los documentos administrativos es responsabilidad de quien los produce y tramita, como se ha visto, al igual que la Ley aquí analizada establece de quien es la responsabilidad del archivo de oficina, por lo tanto el archivero, en este sistema de información y documentación, y en la gestión documental es quien ha de coordinar, orientar y proponer medidas y funciones técnicas. En la actualidad el archivero, en una supuesta red de archivos, y sobre todo para los archivos de oficina y centrales es, en muchas ocasiones, considerado el “chico de los recados”, el ropavejero, el encargado de la empresa de reciclaje de papel o el jefe de almacén. Sin embargo el trabajo del archivero pivota sobre diversas prácticas y funciones que pretenden, entre otras cuestiones, alcanzar una adecuada gestión tanto de los archivos como de los documentos, y, sin lugar a dudas, el archivero tiene un compromiso para *ejercer un liderazgo reflexivo y perspicaz, potenciador de las tareas de archivo en los entornos de trabajo administrativo....*⁸⁶, aunque habitual y cotidianamente encuentre agrias dificultades para ello⁸⁷.

Sin duda la Ley 7/2011 de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía es necesaria y su planteamiento general oportuno, así como responde a lo que se viene denominando “la segunda generación de leyes de archivos”⁸⁸, y, para el caso concreto de Andalucía también debía responder a un nuevo contexto, entre otros factores, debido a la evolución institucional de la Junta de Andalucía y el desarrollo de las tecnologías de la información y un nuevo marco legislativo tanto español como europeo⁸⁹.

Sin embargo y hasta que las circunstancias actuales no cambien con respecto a la gestión de documentos, a la gestión documental y a los archivos, y a la propia integridad del procedimiento administrativo y su correlato documental, el expediente administrativo, no en las leyes y normas -donde por cierto casi todo está recogido- sino en la mentalidad colectiva, no habrá una correcta gestión documental ni unos archivos como tales, sino meros almacenes de papel, y tal

⁸⁵ - ...la principal novedad consiste añadir a la noción de institución, la unidad administrativa, de forma que quedan englobados tanto los archivos históricos (instituciones) como los administrativos (unidades administrativas). FERNÁNDEZ RAMOS, S. “.... p. 37

⁸⁶ MORO CABERO, M. *Ob. cit.* p. 2

⁸⁷ *Operating on their own, archivists often find difficult to achieve serious “buy-in” for their good recordkeeping messages from busy public officials.* GIBBS, R. “Archives and their allies: recordkeeping for good governance”. *Governance, development and strategic alliances*. Actas del Congreso Internacional de Archivos. Kuala Lumpur 2008. *Comma*. 2008.1. p. 34

⁸⁸ PAEZ GARCÍA, M. “La Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía en el contexto de las leyes de archivos de segunda generación”. *TRIA* nº17 p. 83-107.

⁸⁹ MELERO CASADO, A. “Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía. Génesis y elaboración”. *TRIA*. nº 17. pp. 53 y ss.

como en una ocasión se ha expuesto, el artículo 2m) de la Ley 7/2011, que define la gestión documental, debería ser destacado allí donde se pudiera en el desarrollo diario de la gestión administrativa⁹⁰.

⁹⁰ Destaco, igualmente, por ser una pieza clave del engranaje de esta ley, el artículo 2 apartado m), sobre la gestión documental. Yo si la ley se aprueba, haría grabar este artículo, en soportes duros, en la puerta de toda oficina pública y como mensaje matutino en todos los ordenadores de los funcionarios, de los responsables políticos de la gestión pública, porque es básico y, si no empezamos el día así, ni la ley ni muchas otras normas ni leyes serían apenas válidas. 8-11/PL-000002. Comparecencia de los agentes sociales y organizaciones que pudieran estar interesados en la regulación del Proyecto de Ley de Documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía. *Diario de Sesiones. Parlamento de Andalucía. Comisiones*. 8 de septiembre de 2011. Comparecencia de Esther Cruces Blanco. p. 18



BIOBANCOS E INVESTIGACION BIOMEDICA. ALGUNAS REFLEXIONES A LA LUZ DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Prof. Dr. Maria Luisa GOMEZ JIMENEZ^{1*}

RESUMEN: Este artículo analiza los retos y dilemas introducidos en el campo de la investigación biomédica en referencia al ejercicio de los derechos de los pacientes y la definición jurídica del régimen aplicado a los biobancos. Cuestión que si bien se aproxima desde el derecho comparado incorpora las últimas referencias normativas introducidas en la Ley Española de investigación biomédica y en el recién aprobado Decreto de Registro de biobancos de la Comunidad Autónoma Andaluza. Este artículo describe los principales contenidos de la disposición andaluza, con la finalidad de incorporar elementos de reflexión sobre los nuevos escenario de intervención pública y sus limites en la configuración de los derechos derivados de la aplicación de la normativa sobre patentes, como instrumento para la salvaguarda de las innovaciones tecnológicas derivadas de la investigación biomédica.

ABSTRACT: This article deals with new challenges and dilemmas introduced in the field of Biomedical research, in reference to the exercise of the rights of patients and the rules applied to biobanks in a comparative approach and under the Spanish Act concerning the biomedic research and the biobank regulation in the Autonomous Community of Andalusia introducing a broader perspective connected with patents as a mean to protect biomedical innovations.

En caso de cita, GOMEZ JIMENEZ, M.L. "Biobancos e Investigación Biomédica. Algunas reflexiones a la luz de la normativa española". *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 58 a 73 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹ *Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Facultad de Derecho. mlgomez@uma.es

Palabras Clave: Biobancos, Investigación Biomédica, Derecho Administrativo, Patentes de Innovación Biotecnológica.

KEYWORDS: Biomedical Research, Bio-banks, Administrative Law, Patents on biomedical innovations.

SUMARIO: 1. El régimen jurídico de los biobancos. 1.1. “Zonas grises” en la regulación de las muestras: de la protección de intereses legítimos a la “anonimización” de las mismas. 2. Los Biobancos con fines de investigación biomédica en España. 2.1. Organización Administrativa, biobancos nacionales y autonómicos. 2.2. Los biobancos y la investigación biomédica en el ámbito autonómico: especial referencia a la regulación del sistema de biobancos Andaluz a la luz del Decreto 1/2013, de 8 de enero. 3. Algunas conclusiones preliminares. 4. Referencias bibliográficas y web-grafía útil.

1. Régimen jurídico de los biobancos.

La legislación española sobre biobancos ha brillado hasta fechas recientes en líneas generales por su ausencia. Los intentos de dar una regulación específica a la investigación biomédica y la necesidad de proveer una respuesta jurídica satisfactoria a cuestiones derivadas de los derechos de los pacientes, cuando éstos son sometidos a un tratamiento invasivo que implique la recogida de tejido, muestras o sangre, han planeado desde nuestra configuración sanitaria hasta nuestros días en la legislación vigente de protección de datos y ha sido desconocida en mayor medida, en la ley General de Sanidad, primero y en la Ley de Cohesión y Calidad de la Sanidad después, sin que ello impidiera la puesta en marcha, desde el ámbito hospitalario, desde los correspondientes departamentos de anatomía patológica, actividades de biobancos.

Hubo que esperar a la aprobación de la Ley de Investigación Biomédica, Ley 14/2007, de 14 de julio² y especialmente a su correspondiente desarrollo reglamentario para incorporar el tratamiento específico, y la configuración del régimen jurídico de los biobancos, conocidos en el contexto internacional como, “centros de recursos biológicos”. Normativa que sin embargo, integra los desarrollos del reconocimiento constitucional de los derechos de creación científica, y técnica, en relación con el contenido del artículo 44.2 de la Constitución en lo que se refiere a la promoción por los poderes públicos de la promoción de la ciencia y la investigación biomédica. Así, el artículo 1º de la Ley 14/2007, integró en el objeto descriptivo del ámbito de la investigación biomédica los biobancos³. El tratamiento que la normativa española realizó de la materia en

² Desarrollada por Reglamento, aprobado por Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, que establece los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos y del tratamiento de muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Bio-bancos para investigación biomédica.

³ Artículo 1 e), de la misma, o en el reflejo de la misma exposición de motivos de la misma que señala: “Esta Ley se inscribe en este contexto y si, por una parte, responde a los retos que plantea la investigación biomédica y trata de aprovechar sus resultados para la salud y el bienestar colectivos, por otra, impulsa y estimula la acción coordinada de los poderes públicos y de los organismos e instituciones públicos y privados dedicados a la investigación, a los que se

cuestión, relacionó la finalidad de la investigación con la salvaguarda de los derechos de protección de datos que como tales han venido a configurarse como principios rectores específicos de intervención en la materia⁴. La significación de dicha salvaguarda, se enfatiza cuando se pone de manifiesto la necesidad de preservar el delicado equilibrio, entre los derechos de los pacientes, que han donado las muestras que se incorporan al biobanco, con los derechos de los investigadores que precisan de las mismas para finalidades de investigación biomédica. Así, uno de los elementos esenciales de dicha relación es el consentimiento,⁵ por quien suministra las muestras, para que sean utilizadas a la finalidad indicada. Consentimiento que se relaciona directamente con la necesidad de información del paciente que debe conocer en cada momento, desde el fin para el que se requiere el uso de la muestra para fines genéticos o para investigación. La Ley de Investigación biomédica, hace referencia al consentimiento del paciente, al que denomina también – “sujeto fuente”, - en diferentes ocasiones, a saber:

- para acceder a un cribado genético⁶: explícito y por escrito⁷
- para que los datos genéticos de carácter personal, puedan ser utilizados para fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación, o de docencia⁸.
- Para los obtención de pruebas biológicas con fines de investigación biomédica⁹.
- Cuando se pretenda la utilización de muestras que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta a la investigación biomédica¹⁰.
- Cuando se pretenda la utilización de muestras que hayan sido obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley¹¹.

dota de mejores instrumentos para cumplir su tarea. Para conseguir estos objetivos, además, la Ley fija normas en ámbitos no regulados hasta la fecha o que lo han sido de forma fragmentaria o ajena a los cambios producidos en los últimos años, tales como los análisis genéticos, la investigación con muestras biológicas humanas, en particular las de naturaleza embrionaria, o los Biobancos”.

⁴ Así, el artículo 45 de la Ley de Investigación Biomédica significa la transcendencia de la salvaguarda de la protección de datos al configurar entre los mismos, el principio de accesibilidad y equidad, gratuidad, protección y calidad de los datos.

⁵ El artículo 48 de la Ley hace referencia a la configuración de dicho consentimiento apoyándose en la necesidad de que haya suficiente información, éste se realice por escrito para la realización de un análisis genético y sea específico sobre la cuestión que haya que investigarse en el caso concreto. Siendo siempre gratuita la cesión y prohibiéndose expresamente que se utilicen los datos con fines comerciales.

⁶ Artículo 48.3 de la Ley de Investigación Biomédica

⁷ Previéndose además la posibilidad de que el comité de ética pueda valorar en el caso que sea preciso que dicho consentimiento se preste de manera verbal. En el caso de pacientes ya fallecidos la referencia al consentimiento se hace teniendo en cuenta la existencia posible de un documentos de instrucciones previas, tomando como referencia el artículo 48.1^a, la voluntad de los familiares más cercanos como criterio de resolución en caso en que haya interés para la investigación biomédica de dicho análisis

⁸ Artículo 50.2 de la Ley de Investigación Biomédica.

⁹ Artículo 58.1 de la Ley de Investigación Biomédica.

¹⁰ Artículo 58.2 de la Ley de Investigación Biomédica.

¹¹ Disposición Transitoria segunda de la Ley de Investigación Biomédica.

Pudiéndose además ejercer el derecho a revocar dicho consentimiento¹², incluyéndose la posibilidad de la destrucción de las pruebas, sin que ello pueda afectar a los datos resultantes de la investigación que se haya llevado a cabo y previéndose los supuestos específicos en que dicho consentimiento no puede ser prestado, bien por incapacidad civil, bien por imposibilidad ante una situación de emergencia sanitaria¹³.

La Ley de investigación biomédica introduce, pues un régimen jurídico para la obtención de muestras y realización de cribado genético que amén de las especificidades que incorpora en el ámbito de la protección de datos, no desoye los contenidos de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, que será de aplicación supletoria en la medida en que no sea incompatible con lo designado en la misma y en la Legislación de Protección de datos de carácter personal¹⁴.

El reglamento que desarrolla la Ley de investigación Biomédica Española, avanza pues en la descripción que antecede al regular el régimen de los Biobancos entendidos estos como¹⁵: “establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una o varias colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica, organizadas como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino, con independencia de que albergue muestras con otras finalidades”.

Nadie niega hoy día la necesidad de estos establecimientos en el conjunto de la investigación biomédica, respaldada ésta por la sociedad en que se lleva a cabo bajo los más altos estándares de calidad y seguridad posibles¹⁶. Si se tiene en cuenta, además, que la Constitución configura el derecho a la salud como un principio rector de la política social y económica¹⁷, con la fuerza de obligar a los poderes públicos a diseñar las medidas que sean necesarias para proveer la correspondiente cobertura asistencial sanitaria en el territorio español, y que ello implica una proyección pública de la sanidad, no excluyente de los modelos de provisión socio-sanitaria privada, en la configuración de las políticas públicas de sanidad exterior¹⁸, no resulta difícil ubicar la específica proyección de competencias sanitarias en el ámbito competencial de las Comunidades autónomas en esta materia¹⁹, cuando así han sido asumidas como tales en los correspondientes estatutos de Autonomía, en la provisión de asistencia sanitaria y por consiguiente en los mecanismos de intervención que impliquen la recogida de tejidos para fines de diagnóstico y/o investigación biomédica. Aunque, el título competencial que se esgrima en el segundo caso se venga a identificar con el derecho fundamental a la libertad de investigación, configurado a veces con un

¹² Artículo 59.1. e), de la Ley de investigación Biomédica, en su conexión con el artículo 60.3 de la Ley.

¹³ Artículo 20 y 21 de la Ley de Investigación Biomédica.

¹⁴ Resulta por tanto la Ley 41/2002, normativa supletoria de la específica Ley de Investigación Biomédica, como viene a reconocer la Disposición Final Segunda de la Ley.

¹⁵ Según señala el artículo 2.b) del RD 1716/2011, de 18 de noviembre.

¹⁶ GRAU y TRILLA, pág. 383.

¹⁷ Artículo 43 de la Constitución

¹⁸ Competencia exclusiva del estado, en virtud del artículo 149.1.16 de la constitución.

¹⁹ Artículo 149.1.16 atribuye al Estado la Competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la actividad sanitaria.

carácter borroso²⁰, pues como señala PÉREZ ÁLVAREZ,²¹ “el derecho al establecimiento de un sistema público de salud implica el deber de las Administraciones de «financiar y promover el descubrimiento y el desarrollo científico-tecnológico de nuevos tratamientos médicos, que tengan por finalidad la cura o la prevención de enfermedades graves que sean incurables por otros medios».

Ello explica que, no todos los biobancos cumplan la misma finalidad, y que puedan por tanto demandar específicas previsiones. Así, el RD 1716/2011, diferencia biobancos con fines de investigación biomédica,²² de aquellos otros con fines asistenciales o diagnósticos²³, que en tanto todas o algunas de las muestras, vayan a ser utilizados para finalidad de investigación biomédica le son de aplicación la legislación de investigación biomédica, y deja fuera de su configuración y por tanto ámbito de protección:

“a) A las colecciones de muestras biológicas de origen humano mantenidas por personas físicas para usos exclusivamente personales distintos de la investigación biomédica, a las que será de aplicación, en su caso, la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

b) A las muestras biológicas de origen humano, aunque estén ordenadas como colección, y a los *biobancos*, cuando las muestras se hayan obtenido y se utilicen exclusivamente con fines asistenciales o con cualquier otro fin profesional ajeno a la investigación biomédica.

c) A los pre-embiones y los ovocitos de origen humano, cuya conservación y tratamiento se llevará a cabo según lo dispuesto por la Ley 14/2006, de 26 de mayo²⁴, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y su normativa de desarrollo.

d) A los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, que se registrarán por su normativa específica, si bien quedan incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto las muestras biológicas de origen humano que hayan sido obtenidas en ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, una vez terminado el ensayo clínico correspondiente y siempre que entren a formar parte de una colección o de un biobanco”.

Es decir la definición de biobanco que la norma introduce, no se compadece de la posible existencia de otros “biobancos”, que no gozan de la protección que la normativa española sobre investigación biomédica otorga a aquellos que están

²⁰ Cómo nos recuerda RODRÍGUEZ PONTÓN, en “La credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico”, en *Investigación Biomédica, Derechos Fundamentales e Intereses Generales, Instituciones Públicas de Garantía*. Universidad de Barcelona, 2012. Pág. 22.

²¹ PEREZ ALVAREZ, “La Libertad Ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE”,

²² Artículo 3.1 a) del RD. 1716/2011, al decir: “A los biobancos con fines de investigación biomédica, colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica y muestras biológicas de origen humano utilizadas en proyectos de investigación, incluidas las que se utilicen en el marco de un ensayo clínico”.

²³ Artículo 3.1 b), del RD 1716/2011: “A los biobancos, colecciones de muestras biológicas de origen humano y muestras biológicas de origen humano obtenidas con fines asistenciales o diagnósticos, en tanto todas o algunas de las muestras se vayan a utilizar también con fines de investigación biomédica.

²⁴ RCL 2006, 1071.

reconocidos en su ámbito de aplicación. Y es, que la existencia de biobancos en nuestro sistema sanitario, por más que su configuración jurídica sea reciente, ha venido de la mano de la necesidad de llevar a cabo procesos diagnósticos, clínicos y de investigación, y ha tenido un amplio predicamento tanto en el contexto nacional como en el internacional, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 2010 en el caso de “CopyGene”²⁵. Supuesto en el que, a raíz del examen de cuestiones de política fiscal comunitaria, introduce la equiparación de un banco privado de células progenitoras con autorizado para manipular tejidos y células humanas por las autoridades sanitarias competentes de un estado miembro, con un establecimiento legalmente reconocido “si se ajusta a derecho y respeta el principio de neutralidad fiscal”.

Pero la existencia de los Centros de Recursos Biológicos²⁶, y sus dilemas éticos, no es nueva en el ámbito internacional. Muchos son los instrumentos de carácter internacional que en los últimos años han atendido de manera particularizada a los dilemas éticos- morales y jurídicos emanados en el campo de la investigación biomédica. El debate internacional sobre los biobancos, y la investigación biomédica, permite desde el reconocimiento de los derechos de los pacientes, el planteamiento de cuestiones que como, en el caso de la Ley Islandesa sobre bases de datos del sector sanitario, de 1998²⁷ la tensión entre la legitimación para la utilización de las muestras y el derecho de quienes son titulares de las mismas. En escenario temporal similar, el derecho norteamericano, incorporó también a finales de los 90 (en 1999), la *National Bioethics Advisory Commission*, que emitió un informe sobre directrices y recomendaciones sobre el manejo de las muestras biológicas. Informe al que siguió un desarrollo normativo que ha sido objeto de abundantes referentes jurisprudenciales que entre otras cuestiones venían a incidir en la necesaria distinción entre la propiedad de las muestras, la utilización de las mismas y los derechos del paciente-fuente en el ejercicio de un consentimiento expreso y previo, o de un derecho a revocación del mismo, y la casuística derivada de la transmisión mortis causa de los mismos²⁸. Como nos recordará el impactante caso de *Henrietta Lacks*, y su vida inmortal²⁹, en el descubrimiento de las células HELA³⁰, a partir del cultivo celular de la señora

²⁵ Caso CopyGene A/S. Sentencia de 10 junio 2010 TJCE 2010\173.

²⁶ Cómo han sido denominados los biobancos, en traducción del neologismo “BRCs”, “*Biological Research Centers*”.

²⁷ La normativa Islandesa de Biobancos fue la primera en el escenario europeo, y planteó el tratamiento de la investigación genética basada en muestras humanas. En el controvertido caso de quien decide, sobre la base del derecho de protección a la privacidad de evitar la transferencia de información en materia sanitaria de su padre fallecido. (Islandic Supreme Court no. 151/2003).

²⁸ En este sentido destacan entre otras, las Sentencias: *Greenberg v. MIAMI CHILDREN'S HOSPITAL RES. INST., INC.*, 264 F. Supp. 2d 1064 (S.D. Fla. 2003); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed. 2d 508 (2003); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed. 2d 508 (2003).

²⁹ Cómo tituló el best seller de Rebecca Sklot, *The immortal life of Henrietta Lacks*, New York, 2010.

³⁰ http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/1700834/la-polemica-inmortal-de-henrietta-lacks#.UaxHV2TOSKo, o la entrada en Wikipedia: http://en.wikipedia.org/wiki/Henrietta_Lacks

Lacks, obtenido sin su consentimiento en 1951, que desde entonces tantas vidas ha salvado y tanta polémica ha suscitado.³¹

Y es que, la investigación biomédica debe respetar ante todo, la dignidad de las personas, como de manera directa e indirecta avalan textos internacionales y en nuestro entorno europeo, proyecta el reconocimiento del derecho a la Integridad física, que reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000. Al reconocer en el ámbito de la salvaguarda de los valores y derechos fundamentales, de la carta Europea de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, el derecho a la integridad física, con específica expresión de la regulación, en el marco de la medicina y la biología, del respeto al³²: “consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley:

- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

Referencias normativas que si bien salvaguardan la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, no empecen la utilización de muestras con fines de investigación, fuera del comercio de los hombres. En este sentido, el *Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, de 4 de abril de 1997³³; la Comunicación de la Comisión al Consejo 23 de enero de 2002³⁴, sobre *Ciencias de la vida, biotecnología una estrategia para Europa*³⁵, la previsión financiera integrada³⁶ en el programa Marco 2007-2013, en

³¹ Why Not Take All of Me: Reflections on The Immortal Life of Henrietta Lacks and the Status of Participants in Research Using Human Specimens; Javitt, Gail, 11 Minn. J.L. Sci. & Tech. 713 (2010).

³² Artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³³ Artículo 21 del Convenio.

³⁴ LCEur\2002\235

³⁵ Norma que previó la regulación consensuada de los biobancos, y dio entrada a las normas de auto regulación en el sector al decir en el artículo 16: Acción 16

“La Comisión desarrollará, junto con el PE, medidas de difusión de los análisis de los problemas éticos a escala de la UE. Respetando el pluralismo cultural, la Comisión colaborará con interlocutores públicos y privados para señalar las áreas en las que sea posible establecer un consenso sobre directrices o normas éticas o mejores prácticas. Dichas áreas podrían incluir la investigación con células madre, los BIOBANCOS, los xeno trasplantes, los ensayos genéticos y la experimentación con animales. En su caso, estas directrices podrían presentarse como iniciativas auto reguladoras de la comunidad científica y de la industria.

Agentes ejecutores: Parlamento Europeo, Estados miembros, regiones, industria, instituciones, Comisión

Periodo de ejecución: a partir de 2002

Aplicaciones según demanda a partir de una elección consciente”

³⁶ En el bien entendido de que la cooperación es precisa en la materia y como advierte el Decisión de 2006, necesita de la comparación de datos entre biobancos nacionales: “Por otra parte, la realización de investigaciones al servicio de las políticas sanitarias a nivel europeo permite comparar los modelos, sistemas, datos y materiales de pacientes almacenados en las bases de datos y los BIOBANCOS nacionales”.

materia de investigación biomédica y biobancos³⁷; o la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.³⁸

Pues bien, la abundancia de disposiciones internacionales³⁹ que han incidido en la necesidad del respeto a la dignidad humana informa por lo demás, los documentos de soft law administrativo que, como autorregulación, se integran en la definición de buenas prácticas en el desarrollo de la actividad de los biobancos. Así viene a suceder por ejemplo con las “guías de mejores prácticas de la OCDE para los centros de investigación biológica, publicada por la OCDE en el año 2007⁴⁰. La guía, que en la descripción de las prácticas ejemplares en materia de biobancos, incorpora cuestiones, que afectan a las funciones de los biobancos, su desarrollo e implementación, y por otro lado describe cuales sean las mejores prácticas a seguir en la materia en aspectos tales como la confidencialidad de los datos, la trazabilidad de los mismos, el acceso, conservación, y mantenimiento, así como las medidas de seguridad a adoptar, con diferenciación en función del tipo de biobanco y por consiguiente de las muestras que pueda encontrarse en los mismos.

1.1. “Zonas grises” en la regulación de las muestras: de la protección de intereses legítimos a la “anonimización” de las mismas.

Y es que, aunque a nadie se le escapa que el material que se almacena en un biobanco se conserva con finalidad de investigación biomédica, no queda tan clara la específica finalidad que bajo dicho título pueda amparar el desarrollo de la ciencia y de los métodos de investigación en evolución constante, y por tanto en demanda permanente de resortes con los que trabajar. Quiere ello decir, que lo que un día fue almacenado con una finalidad, puede llegar a ser utilizado para otra radicalmente distinta sin que en principio exceda o escape del título “de investigación biomédica”, utilizado cuando fue incorporado al biobanco.

³⁷ Decisión 2006/971/CE, de 19 de diciembre - LCEur\2006\3633, y Decisión del Parlamento Europeo y el Consejo 1982/2006/CE, de 18 de diciembre - LCEur\2006\3687.

³⁸ Norma cuya aplicación reciente en *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013*, caso Worten ha permitido volver sobre el concepto de datos personales para incluir por ejemplo, un registro de tiempo de trabajo, en el ámbito del artículo 2, letra a) de la Directiva 95/46/CE. Directiva que había definido los datos personales como: “ toda información sobre una persona física identificada o identificable”, entendiéndose por tratamiento de datos personales: “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a los datos personales como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”

³⁹ Destacan por ejemplo: Recomendación del Consejo de Europa R 3(92), sobre análisis genéticos y cribados para fines sanitarios; Recomendación R (97) 5, sobre la protección de los datos médicos, aprobada por el Comité de ministros; la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, promovida por la UNESCO, el 16 de octubre de 2003; Directivas 2004/23/CE, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos,

⁴⁰ La consulta a la misma puede realizarse en: <http://www.oecd.org/sti/biotech/38777417.pdf>

Sin que puedan abordarse en estas líneas todas y cada unas de las zonas grises que la materia revela, resultará mínimamente de interés la reflexión sobre algunos de los interrogantes que la titularidad, identificación, registro y manipulación de las muestras conlleva tanto para los profesionales sanitarios, como para los investigadores y para el mismo paciente. Y es que, si bien la construcción del derecho a la intimidad, ha evolucionado al ritmo de los avances tecnológicos, para reconvertirse en también derecho a la autodeterminación informativa⁴¹, lo ha hecho al mismo tiempo que se reconfigura el deber de secreto médico sobre los datos que afecten a la salud del paciente presente o pasado. Elementos que no permanecen ajenos al ámbito comercial del aseguramiento privado de seguros de asistencia sanitaria y de vida, ansiosos de disponer de la información precisa que garantice el menor riesgo económico de la prestación⁴², ni a otros sectores económicos-sociales con interés en contar con estos datos para finales comerciales.

A ello hay que añadir, la no sorprendente afirmación de que las muestras biológicas contienen todas material genético. En principio, y justo por esa razón, las mismas, debieran estar identificadas y contar con el consentimiento del sujeto fuente para su inclusión en el biobanco. Pero pudiera suceder, que dicho consentimiento no hubiera sido posible prestarlo, o el sujeto fuente decida desentenderse de los mismos. En dichos casos, la Legislación prevé la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento de anonimización, es decir, se desliga la información personal de la muestra, lo cual amén de la hipotética reversibilidad del proceso, pudiera permitir la incorporación de información de interés a la investigación biomédica sin afectar el derecho a la intimidad del paciente. (por ejemplo edad, complexión, sexo.., cuando estos datos son relevantes para la investigación. No pocas “zonas grises” plantea también la anonimización⁴³ de las muestras, cuando genera efectos inesperados, o el sujeto fuente desea que se identifique nuevamente su material genético, (por necesitar, por ejemplo, información que pueda beneficiar su actual estado de salud). A ello hay que añadir que dicha anonimización puede no ser totalmente completa, si en la investigación en cuestión se precisan integrar datos e informaciones que sólo constaban en el historial del paciente (como por ejemplo, antecedentes, enfermedades anteriores, o degenerativas nerviosas).

Por otro lado, algo en apariencia tan rutinario como una analítica de sangre, pudiera plantear cuestiones de interés, si a partir dicha muestra se llevan a cabo actividades que no habrían justificado la extracción, en el bien entendido de que la muestra una vez utilizada con finalidad de diagnóstico –clínico- pudiera cumplir otra función relevante a la investigación biomédica en cuestión. La discusión entonces sobre la naturaleza jurídica de dichas muestras, su carácter dominical o no, si son Res derelicta, ha existido una donación –con o sin contraprestación- , o

⁴¹ Como expresara con acierto, SUAREZ ESPINO, en su trabajo: *El Derecho a la Intimidad Genética*, Marcial Pons, 2008, pág. 70 y ss.

⁴² SUAREZ ESPINO, pág. 159. La autora además, incide en el peligro de la utilización de la información genética para fines distintos como puedan ser en el ámbito laboral, en la política criminal con la determinación de las denominadas huellas genéticas.

⁴³ Entendida en el tenor del Reglamento que desarrolla la Ley de Investigación biomédica como: Anonimización de muestras biológicas de origen humano»: proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre una muestra biológica o dato de investigación y el sujeto al que se refieren. (artículo 2. a).

titularidad dominical del sujeto fuente, permiten desligar dos cuestiones: de un lado la titularidad del bien o muestra, y de otro el contenido de identificación que la muestra donada o no incorpora, y que permite la identificación de la misma⁴⁴- en cuando salvaguarda del derecho a la intimidad y el correspondiente secreto médico en su conocimiento y manipulación. Si a todo esto se suma, la necesidad de mantener las muestras en adecuados entornos (biobancos) que permitan su conservación y utilización para la finalidad deseada, y en el que se definan los criterios del régimen de su manipulación, acceso y en su caso destrucción, el examen de las potestades que estos establecimientos asuman sobre las muestras resulta de especial interés. Dediquémosles pues alguna atención.

2. Los Biobancos con fines de investigación biomédica en España.

2.1. Organización Administrativa, biobancos nacionales y autonómicos.

Señala el RD 1716/2011, de 18 de noviembre, que los Biobancos deben ser autorizados⁴⁵ por las Comunidades Autónomas, si su ámbito es de la comunidad Autónoma y por el Ministerio de Ciencia e innovación cuando tengan ámbito nacional. Implica dicha observación el reconocimiento de biobancos nacionales y biobancos autonómicos que operen con la misma finalidad pero con diferente ámbito territorial de proyección.

El régimen de autorización a que se hace referencia integra las normas del procedimiento administrativo común.

Dos cuestiones destacan además en su régimen jurídico: a saber, la existencia de los comité de ética de la investigación, que de manera permanente llevan a cabo funciones de control, y participaran de manera activa en el proceso de toma de decisiones emitiendo dictámenes que deberá ser favorable, en el caso en que se pretenda autorizar el acceso y uso de muestras biológicas de origen humano⁴⁶, y la existencia de un comité científico⁴⁷.

⁴⁴ No se olvide que la Ley de Investigación Biomédica ha integrado la noción de trazabilidad de las muestras, previendo que la misma se deba llevar a cabo por un periodo de 30 años, (artículo 8 de la Ley de investigación biomédica.)

⁴⁵ Según señala el RD. 1716/2011, en los artículos 9 a 11.

⁴⁶ Según señala el artículo 29 del RD 1716/2011.

⁴⁷ Las funciones del Comité Científico se recogen en el artículo 15.2 del Reglamento que señala: "Las funciones del comité científico serán:

a) Realizar la evaluación científica de las solicitudes de cesión de muestras y datos asociados a las mismas por parte del biobanco. En el caso de que el comité emita un dictamen desfavorable, éste tendrá carácter vinculante.

b) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de la adecuación de los procedimientos establecidos para garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de los datos y muestras almacenadas y de los procedimientos asociados al funcionamiento del biobanco, desde el punto de vista científico.

c) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de los aspectos científicos del documento de buena práctica del biobanco.

d) Asistir a la persona titular de la dirección científica sobre otras cuestiones que éste someta a su consideración".

Además, cada biobanco deberá aprobar un reglamento interno de funcionamiento, que recogerá⁴⁸:

- a) Los criterios de aceptación de muestras en el biobanco.
- b) El procedimiento para la solicitud de muestras al biobanco y posterior entrega de las mismas por éste”

Además, de estas disposiciones proliferan las guías de buenas prácticas que siguiendo el referente internacional⁴⁹ incorporan los códigos de regulación aplicables a los biobancos de investigación biomédica en España. Así, el Código de Buenas Prácticas aplicables a los biobancos de investigación biomédica en España aprobado en la Red de biobancos con el auspicio del Instituto de Salud Carlos III, en mayo de 2012⁵⁰ o las recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica, publicaba en coherencia con la entonces futura Ley de Investigación Biomédica, la Revista Española de Salud Pública.⁵¹

La Ley primero y el Reglamento después previeron la existencia no sólo de un biobanco nacional en red sino de redes de biobancos⁵². Se trataría entonces de introducción de estrategias colaborativas que dieran respuesta a la necesidad de actuar coordinadamente en la investigación biomédica⁵³. Pudiéndose inscribirlos biobancos en el correspondiente registro público que con carácter informativo prevé la norma⁵⁴.

Quizás, y amén de las controversias suscitadas por la calificación de las muestras y los derechos de los pacientes o sujetos fuentes como titulares de la información genética que se contiene en las mismas, lo destacado en el supuesto examinado es que las mismas se obtienen para investigación biomédica, y por tanto que ha de obtenerse un resultado de dicha investigación, resultado salvaguardado por la ley de propiedad intelectual, si bien, con las específicas previsiones que anteceden⁵⁵.

⁴⁸ Artículo 16 del Reglamento RD. 1716/2011.

⁴⁹ Sobre las referencias internacionales tuvimos ocasión de avanzar también en Gómez Jiménez, “Transparencia en el Acceso a la Información Biomédica: la Deficiente Regulación de los Bio-Bancos en el Ordenamiento Jurídico Español y la Función Emergente de los Comités de Ética Asistencia” en Revista Esalud.com, Vol. 7. núm. 27, 2011.

⁵⁰ http://www.redbiobancos.es/pages/docs/buenas_practicas_documento_final.pdf

⁵¹ Revista Española de Salud Pública, núm.2, Vol. 81, 2007, que puede verse en : http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1135-57272007000200002&script=sci_arttext&tlng=pt. Texto que manejaría el entonces proyecto de investigación biomédica.

⁵² Artículo 17 del Reglamento.

⁵³ Algunas referencias a los mismos pueden verse en: http://es.wikipedia.org/wiki/Biobanco#Estrategias_colaborativas.

⁵⁴ Artículo 35-29 del Reglamento de Investigación Biomédica.

⁵⁵ Ello justifica por ejemplo que se puedan condicionar la utilización y el régimen de muestras al desarrollo del correspondiente proyecto de investigación. Planteándose en la norma qué hacer con las muestras cuando dicho proyecto de investigación haya finalizado. Así, entre otros el artículo 22 del Reglamento hace referencia a la posibilidad de disponer de las muestras fuera del recinto del biobanco en el marco del desarrollo del correspondiente proyecto de investigación que las precise y para el fin indicado en el mismo. Describiendo el artículo 27 de la misma, cual deba ser el destino de las muestras una vez finalizada la investigación correspondiente.

Así el Reglamento de desarrollo de la Ley de investigación Biomédica, detalla aspectos como la recogida de las muestras, su cesión y el régimen utilización de las mismas, y no la protección de los específicos resultados de la investigación biomédica desarrollada gracias al acceso de dichas muestras. Al igual que en el caso de la vacuna de la polio, fruto de la investigación sobre células HELA, coexisten dos mundos interrelacionados entre sí que convergen en la definición de límites para el ejercicio de los derechos, el derecho a la investigación - el derecho a la intimidad, el derecho a la salud- y el derecho a la innovación y experimentación con material biológico humano, que deben permitir definir las correspondientes patentes, cuando sea el caso. El problema deriva de la diferente aproximación que en dichos escenarios se realiza de la misma realidad. En este contexto, no resulta sorprendente que se constate que a la “aparente” permisividad registrada para llevar a cabo investigación biomédica puntera en materia de células madre siga la incapacidad para patentar el resultado de dichas investigaciones, a razón de la diferente configuración normativa de la legislación de patentes española⁵⁶. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso Brüstle, Sentencia de 18 de octubre de 2011⁵⁷, sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, señaló que deba entenderse por embrión humano, matizó que el concepto de uso de embriones humanos para fines industriales y comerciales" incluye todo uso que no vaya destinado a la terapia o al diagnóstico del propio embrión, por lo que el uso de embriones humanos para investigación científica quedó excluido de patentabilidad. Lo que revela una contradicción entre la regulación de investigación biomédica y el derecho de patentes.

Pero, si estas consideraciones que anteceden sirvieron para dibujar el escenario de la regulación actual de los biobancos, a nivel estatal, no cabe desconocer la actividad que en la materia ha venido a desarrollarse en el ámbito autonómico de la mano de la correspondiente asunción competencial, y desarrollo normativo propio, al que haremos brevemente referencia.

2.2. Los biobancos y la investigación biomédica en el ámbito autonómico: especial referencia a la regulación del sistema de biobancos Andalúz a la luz del Decreto 1/2013, de 8 de enero.

Son 7 las Comunidades Autónomas que en fecha reciente, y sin perjuicio de la genérica regulación que todas las Autonomías contemplan respecto de la investigación biomédica, han aprobado normativa con referencia a los biobancos. A saber: Andalucía, Castilla León⁵⁸, Cataluña⁵⁹, Comunidad Valenciana⁶⁰, Galicia⁶¹, Islas Baleares⁶², Navarra⁶³ y País Vasco⁶⁴.

⁵⁶ La discusión que ha saltado a los medios refleja un contraste dinámico entre disposiciones normativas que puede cercenar la eficacia de la investigación biomédica.: <http://derecho.publicacionmedica.com/noticia/reclaman-equiparar-la-legislacion-para-investigacion-biomedica-y-la-de-patentes>

⁵⁷ Caso Brüstle. Sentencia de 18 octubre 2011 TJCE 2011\316

⁵⁸ Así, en : Resolución de 13 de julio 2009 LCyL 2009\622 , que ordena la publicación en el «Boletín Oficial de Castilla y León» del «Convenio Específico de Colaboración entre la Administración General del Estado, a través del Instituto de Salud Carlos III, y la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a través de la Consejería de Sanidad y de la Gerencia Regional de Salud, para el desarrollo de acciones indirectas en el marco de un proyecto para la adecuación,

De todas ellas y por razones de proximidad geográfica, amén de su completud se integran aquí, algunas reflexiones respecto de la normativa andaluza.

La investigación biomédica, para el caso que nos ocupa ha sido incorporada en el enunciado del artículo 54.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, al atribuir competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de investigación científica y médica. Artículo que en el ámbito de las especialidades procedimentales y de la capacidad de la definición de los órganos públicos administrativos de Andalucía y sus organismos autónomos, ha permitido el desarrollo de una específica regulación en la materia en fechas recientes. Así, el BOJA de 10 de enero de 2013, publicó el Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula el funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica, se crea el registro de biobancos de Andalucía y el biobanco del Sistema Sanitario Público Andaluz. La iniciativa que trae causa en la necesaria constatación de integración normativa de esta temática en nuestro ordenamiento sanitario, revela los aspectos controvertidos del tratamiento de datos sanitarios y del régimen de las muestras que se depositan en los biobancos

mantenimiento y mejora de la organización de los actuales biobancos en los Hospitales del Sistema Nacional de Salud»; Resolución de 26 de abril 2012 LCyL 2012\153, que ordena la publicación íntegra en el «Boletín Oficial de Castilla y León» del acuerdo denominado: «Novación Modificativa del Convenio Específico de Colaboración entre la Consejería de Sanidad y la Universidad de Salamanca, para la creación y desarrollo del Instituto de Investigación Biomédica de Salamanca (IBSAL), suscrito el 21-3-2011, del que fue parte la Gerencia Regional de Salud y la Fundación del Instituto de Ciencias de la Salud de Castilla y León, con inclusión de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas»; Resolución de 27 de junio 2011 LCyL 2011\388, que ordena la publicación en el «Boletín Oficial de Castilla y León» de: «Convenio Específico de Colaboración entre la Administración General del Estado, a través del Instituto de Salud Carlos III, la Universidad de Salamanca y la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León para la organización de la “Plataforma en Red del Banco Nacional de ADN Carlos III (BNADN- ISCIII)»; Resolución de 28 de abril 2011 LCyL 2011\285 que ordena la publicación íntegra en el «Boletín Oficial de Castilla y León» de: «Convenio Específico de Colaboración entre el Instituto de Salud Carlos III, la Universidad de Salamanca y la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León para la creación de la “Plataforma en Red del Banco Nacional de ADN Carlos III (BNADN-ISCIII)”».

⁵⁹ Resolución de 3 de abril 2013 LEG 2013\1864 CONSORCIO MAR PARC DE SALUT DE BARCELONA. Modifica la disposición reguladora del fichero con datos personales del Biobanco del Parc de Salut Mar.

⁶⁰ Decreto 143/2008, de 3 de octubre - LCV\2008\412; Orden 12/2010, de 8 de julio LEG 2010\5216, Creación del fichero del Centro Superior de Investigación en Salud Pública de creación y regulación del fichero con datos de carácter personal denominado Red Valenciana de Biobancos.

⁶¹ Decreto 235/2012, de 5 de diciembre LG 2012\414, que fija la estructura orgánica de la Vicepresidencia y de las consellerías de la Xunta de Galicia., y que aunque de carácter organizativo viene a referenciar a los biobancos en la estructura autonómica.

⁶² Resolución de 8 de mayo 2013 LIB 2013\103 , que delega determinadas competencias relativas a la gestión de los biobancos con fines de investigación biomédica de titularidad del Servicio de Salud; Decreto 27/2011, de 1 de abril LIB 2011\105, Crea el Comité de Ética de la Investigación de las Illes Balears.

⁶³ Orden Foral 33/2013, de 11 de marzo LEG 2013\518, Suprime el fichero automatizado denominado Biobanco para Investigación del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, dependiente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea; Orden Foral 41/2009, de 25 de marzo LEG 2009\717 que Crea un fichero informatizado bajo la denominación de Biobanco para investigación del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

⁶⁴ Decreto 195/2013, de 9 de abril - LPV\2013\123, que regula la estructura orgánica básica del departamento de Salud e integra en su estructura a los biobancos.

La normativa andaluza, incorpora dos cuestiones de especial importancia en la regulación de los biobancos. De un lado, introduce el conjunto de requisitos para la autorización y registro de los biobancos, y por otro lado, crea el biobanco en la red del sistema público de Andalucía. De especial relevancia ambas, la primera en la previsión de nuevos biobancos y su necesidad de integración en el sistema sanitario andaluz y la segunda en la especificidad incorporada a la creación del biobanco al nivel Andaluz.

Pues, bien en este contexto, y según nos recuerda la Exposición de motivos del Decreto 1/2013, de 8 de enero, el artículo 64.2 de la Ley de Investigación Biomédica⁶⁵, la regulación del procedimiento de autorización de biobancos se presenta como una necesidad en Andalucía. Así, el nuevo organismo vendrá a integrar, las estructuras del Banco Andaluz de Células Madre de Granada; el Banco Andaluz de Cordón Umbilical de Andalucía (Málaga); la red de bancos de tumores de Andalucía (en la que participan una veintena de hospitales andaluces); los bancos de tejidos, el Banco de ADN Humano de Andalucía (Granada); los siete biobancos hospitalarios ya registrados en la Red Nacional, y los centros andaluces de transfusión sanguínea (Sevilla, Jerez, Málaga, Granada, Córdoba, Huelva, Almería y Jaén)⁶⁶. Complementariamente la norma viene a poner en marcha un registro administrativo, el Registro Andaluz de biobancos, del que se nutrirá el registro nacional de Biobancos al que hace referencia la ley 14/2007. Pues bien, la creación tanto del registro administrativo como del Biobanco Andaluz, se orientan a la investigación biomédica⁶⁷, en una regulación que detalla la creación del biobanco del sistema sanitario andaluz⁶⁸ y que se orienta a potenciar que Andalucía siga siendo una de las comunidades autónomas que mayor número de patentes tiene registradas en investigación biotecnológica⁶⁹.

3. Algunas conclusiones preliminares

La normativa sobre investigación biomédica, con los recientes desarrollos normativos a nivel estatal y autonómico, plantea al tenor de los necesarios ajustes normativos, la necesidad de dar respuesta a los dilemas éticos derivados de la utilización de muestras biológicas humanas. En este contexto, los biobancos ofrecen, en tanto que establecimientos, a tal fin, la cobertura institucional de dichas muestras permitiendo que la investigación se desarrolle con los adecuados estándares de calidad y seguridad.

El delicado equilibrio entre el derecho a la intimidad, la protección de los datos sensibles de los pacientes, el secreto médico, y la necesidad de trazabilidad e identificación de las muestras para la investigación, demanda la definición de un papel protagonista de pacientes, investigadores, profesionales sanitarios,

⁶⁵ En España la introducción de la regulación de los biobancos, no tuvo lugar sino hasta la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.

⁶⁶ <http://www.abcdesevilla.es/andalucia/20130108/sevi-junta-crea-otro-organismo-201301081444.html>

⁶⁷ Artículo 1, del Decreto 1/2013, de 8 de enero.

⁶⁸ Artículo 13 a 15 del Decreto 1 /2013.

⁶⁹ <http://www.diariosur.es/v/20110301/sociedad/andalucia-duplica-numero-patentes-20110301.html>

legitimados y representantes legales que se encuentren legalmente habilitados para ceder, disponer y conocer los resultados de la investigación realizada, y a manipular las muestras con la finalidad exigida.

Los biobancos como tales instituciones, proporcionaran en coordinación con los correspondientes comités éticos y científicos, y al albur de las directrices de guías y códigos de conductas, la estructura para el desarrollo de la investigación, y necesitarán de la coordinación con otros biobancos y por consiguiente su actuación en red. Las alianzas estratégicas de biobancos en atención al interés general y a la seguridad y salud pública, opera no ya en el contexto nacional sino internacional, y precisa además la toma en consideración de las iniciativas que a nivel autonómico han venido a desarrollarse hasta la fecha. Así, los registros informativos de biobancos, ayudarán en la gestión de un sistema integrado de información que no debe perder de vista la finalidad por la que se crea y que en el caso estudiado debe garantizar adecuados resultados de proyectos de investigación biomédica.

Problema añadido a los ya tradicionales condicionantes de carácter ético, es el que se desprende de la necesaria coordinación entre la normativa de investigación biomédica y la legislación de patentes. La protección de las innovaciones biotecnológicas, resultados de la utilización de biobancos, debiera poderse garantizar en la misma medida en que lo está la realización de la investigación que genera la innovación. Países como Suecia, España, y Reino Unido han llevado a cabo una regulación permisiva que ha situado a nuestro país entre los punteros por la investigación desarrollada. Una ineficaz descoordinación en la definición de aspectos protegibles en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial pudiera “descafeinar”, y hacer inviable la “patentabilidad” de los resultados obtenidos – con las adecuadas garantías en el sistema de biobancos español.

4. Referencias bibliográficas y web-grafía útil.

- .- Best Practices Guidelines for BRCs- 2007. <http://www.oecd.org/sti/biotech/oecdbestpracticeguidelinesforbiologicalresourcecentres.htm>,
- .- BIOBANCO en Wikipedia , <http://es.wikipedia.org/wiki/Biobanco>
- .- Cátedra universitaria de Derecho y genoma Humano, en: <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/presentacion.asp>
- .- Centro Nacional de investigación Oncológica, <http://www.cnio.es/es/privacidad/investigacion.asp>
- .- DÍAZ MARTÍNEZ, Contratación con bancos privados de sangre de cordón umbilical. Aranzadi Civil- Mercantil, 3 /2010, BIB 2010/2014.
- .- GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa: “Transparencia en el Acceso a la Información Biomédica: la Deficiente Regulación de los BioBancos en el Ordenamiento Jurídico Español y la Función Emergente de los Comités de Ética Asistencia”, en *Revista Esalud.com*, núm.27, 2011.
- .- GOWELLS, *Biobanks: Governance in a comparative perspective*. Routledge, 2008.

- .- GRAU, JAIME; ANTONI TRILLA: "Algunas consideraciones bioéticas acerca de la investigación con muestras biológicas en los servicios de urgencias", *Emergencias* 2009, 21: 382-385.
- .- HENRIETTE D.C. ROSCAM ABBING, *Human tissue research, individual rights and bio-banks*.
- .- LIAÑO, A. M TORRES; "Biobancos, una nueva herramienta para la investigación clínica", en *Nefrología* 29, 2009., puede verse en : http://www.revistanefrologia.com/modules.php?name=articulos&idarticulo=169&idlangart=ES&preproduccion=&in_window=1
- .- RODRIGUEZ, Francisco José (coord..), *Investigación Biomédica, derechos fundamentales e intereses generales*, Universidad de Barcelona, 2012
- .- ROMERO CASABONA, José: "Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en investigación científica", en *Cátedra derecho y genoma humano* puede verse en : http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/Informe_final_completo.pdf
- .- SUAREZ ESPINO: *El Derecho a la Intimidad Genética*, Marcial Pons, 2008



PATRIMONIO FOTOGRAFICO. ORIGINALIDAD Y DOMINIO PUBLICO. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA.

Isabel HERNANDO COLLAZOS^{1*}

RESUMEN: Como un elemento determinante de la gestión de los derechos de Propiedad Intelectual sobre el Patrimonio Fotográfico se analizan los diferentes períodos de entrada en el dominio público de las fotografías así como la incidencia de la originalidad en la duración de estos derechos. La originalidad es examinada desde la perspectiva normativa y jurisprudencial comunitaria poniendo de relieve la práctica del Tribunal Supremo español en su trasposición.

ABSTRACT: This contribution analyses from the perspective of an efficient management of the Intellectual property Rights concerning photographs, the different periods of duration of the exploitation rights and the incidence of the originality in this duration. Originality is examined from the perspective of Community Case law and legislation emphasizing the practice of the Spanish High Court in their transposition.

PALABRAS CLAVE: Propiedad Intelectual, Activos Intangibles, Comunicación pública, Difusión en línea, Archivos, Bibliotecas, Museos, Bases de Datos, Programas de ordenador, obra coreográfica, mera fotografía, libre elección.

KEYWORDS: Intellectual Property, Intangible assets, Public Communication, online broadcast, Archives, Libraries, Museums, Computer Programs, Choreographic work, mere photograph, free choice.

En caso de cita: HERNANDO COLLAZOS, I. "Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España". *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 74 - 104. [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹ * Isabel HERNANDO, Profesora Titular de Derecho Civil UPV/EHU. Abogada especializada en Propiedad Intelectual e Industrial. isabel.hernando@ehu.es

SUMARIO. Introducción. 1. FOTOGRAFÍAS Y DOMINIO PÚBLICO. 1.1. Fotografías realizadas antes de la Ley 22/1987. 1.1.1. Fotografías de autores fallecidos antes del 7 de diciembre 1987. 1.1.2. Fotografías de autores vivos después del 7 de diciembre de 1987. 1.2. Fotografías realizadas a partir de la vigencia de la Ley 22/1987. 1.3. Fotografías inéditas en dominio público. 2. ORIGINALIDAD DE LAS FOTOGRAFÍAS. 2.1. Criterio normativo comunitario de originalidad. 2.2. Test de la libre elección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.2.1. Antecedentes del Caso *Painer*. 2.2.2 Casos posteriores al Caso *Painer*. 2.2.3. Valor del criterio comunitario de originalidad. 2.3. Criterio normativo nacional de originalidad de las fotografías. 2.4. Criterio de originalidad de las fotografías del Tribunal Supremo español.

Introducción

Dentro de la gestión de las organizaciones e instituciones públicas y privadas, el Patrimonio Fotográfico constituye uno de sus más valiosos activos intangibles. Las fotografías se utilizan en todas las actividades y áreas del conocimiento (entre otras, fotografías de la Naturaleza incluida la naturaleza subacuática, fotografías Deportivas y/o de acción, fotografías de Arquitectura, fotografía Industrial, etnofotografía, y fotografía de viajes, de obras de Arte, de Arqueología)² y despliegan múltiples funciones y finalidades (artísticas, comerciales publicitarias, informativas, científicas)³.

² Véase, a título de ejemplo, las fotografías de la naturaleza en la Asociación española de fotógrafos de la Naturaleza en <http://www.aefona.org/enlaces>. Igualmente a título de ejemplo, las fotografías de RESINO RUBIO, Juan Pablo, en [fotonatura.org http://www.fotonatura.org/galerias/10211/?offset=1at](http://www.fotonatura.org/galerias/10211/?offset=1at); Para las fotografías de naturaleza subacuática, Véase, a título de ejemplo, las fotografías de VIRGILI RIBE, Carlos en [Risck http://www.risck.com/esp/](http://www.risck.com/esp/). Véase, a título de ejemplo, las fotografías de deportes de FRAILE RODRIGUEZ, Victor en <http://www.victorfraile.com/#/sport/surfing/?view=2>; Para las fotografías de Arquitectura, Véase, a título de ejemplo, las fotografías de AZURMENDI, Javier en <http://javierazurmendi.blogspot.com.es/>; igualmente fotografías de BALLESTER, José Manuel, en <http://www.josemanuelballester.com/>; para la fotografía industrial, Véase, a título de ejemplo, MERINO, Miguel en <http://www.mstudio.es/fotografias/fotografia-industrial.html>.

³ Finalidad Artística: Son las denominadas fotografías artísticas en las que el autor goza de una gran libertad de actuación. En estas fotografías se aprecia desde una óptica subjetiva su valor estético. Dentro de este grupo se pueden incluir las fotografías de Estudio planificadas perfectamente por el fotógrafo y tomadas en condiciones controladas, incluyendo dentro del mismo las fotografías de bodas, de familia, retratos fotográficos. Véase a título de ejemplo, las fotografías de FONTCUBERTA, Joan en <http://www.fontcuberta.com/>; Finalidad Comercial: Las posibilidades ofrecidas a la representación de la realidad son múltiples y están aumentadas por la posibilidad ofrecida por la manipulación. Todas estas fotografías van dirigidas a cumplir una función: inducir, motivar, atraer a los destinatarios – consumidores hacia el producto o servicio comercializado. Dentro de esta finalidad se encuentran las fotografías Publicitarias³, en las que la representación de la realidad que se pretende publicitar puede ser efectuada de múltiples formas. (Véase, a título de ejemplo de fotografías publicitarias, las fotografías del fotógrafo LACHAPELLE, David en <http://www.lachapellestudio.com/>). La representación puede ser natural, realista, imaginaria. Puede ser realizada en estudio, pasarelas, escenarios naturales, puede tratarse de fotografías *glamour*, de retratos o de macrofotografías. Estas Fotografías Publicitarias realizadas normalmente por encargo, pueden ser a su vez artísticas y, tienen campos múltiples de manifestación, como por ejemplo la Fotografía de Moda (Véase como ejemplos de fotografías de Moda, sin ánimo de selección exhaustiva, las fotografías de los Fotógrafos siguientes: VALLHONRAT, Javier en <http://www.mfilomeno.com/javier-vallhonrat/photos.html>; ADLER,

Con el desarrollo y la utilización masiva de la sociedad de la información, el Patrimonio Fotográfico ha adquirido una nueva dimensión. Ya no se trata sólo de digitalizar las fotografías con un fin de preservación o salvaguarda sino de efectuar una función de diseminación a escala universal con fines culturales, económico – culturales u otros tanto en entornos abiertos (Internet) como cerrados (Intranet).

Estas y otras actividades asimiladas sólo son posibles si las organizaciones poseedoras o propietarias de las fotografías que reposan en su fondos, actuando siempre que sea necesario dentro del respeto de los derechos de la personalidad, están legitimadas para efectuarlas de conformidad con la legislación en materia de Derechos de Autor .

Desde esta perspectiva, en defecto de la adecuada titularidad de derechos de autor que les legitime, toda decisión de difusión, pasa necesariamente por el paso preliminar de verificar si, en este caso, las fotografías seleccionadas están protegidas por el Derecho de Autor o si, por el contrario, están en el dominio público. Así planteado, esta contribución está dirigida a proporcionar una posible aproximación a esta cuestión a través del análisis de los dos únicos aspectos de la Propiedad Intelectual que se han considerado clave para ello, el dominio público y la originalidad de las fotografías.

1. FOTOGRAFÍAS Y DOMINIO PÚBLICO

Desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual, la entrada de una creación en el dominio público se produce por la extinción de los derechos de explotación que

Bèla y FRESNEDA Salvador en <http://www.adlerfresneda.com/category/fashion/> ; PONS, Sergi en <http://www.sergiponsphoto.com/women> ; TXEMA YESTE <http://txemayeste.es/> del artículo de FRAGA, Andrés “10 fotógrafos de moda españoles que han conquistado el mundo” en http://www.quesabesde.com/noticias/10-fotografos-moda-espanoles-conquistado-mundo,1_9275), Fotografía de Alimentos – Gastronómica (A título de ejemplo de fotografía de alimentos – gastronómica véase las fotografías de los siguientes fotógrafos: WARNER , Carl en Foodscapes <http://www.carlwarner.com/foodscapes/> ; ARMENDARIZ, Mat en <http://www.mattarmendariz.com/> ; MANNA Lou en <http://www.loumanna.com/>), Catálogos fotográficos de productos (A título de ejemplo, de fotografías de catalogo, véase las fotografía del fotógrafo RECHE, Gregorio en <http://www.gregorioreche.com/fotografia-catalogo/> ; Finalidad Informativa: Dentro de este grupo y sin ánimo exhaustivo distinguimos: Fotoperiodismo en el que las fotografías normalmente realizadas por reporteros gráficos cumplen la función de exponer un hecho un suceso de interés público³ y Fotografías documentales que están cercanas al periodismo gráfico de opinión en las que las imágenes tienen la función de mostrar al público información verdadera sobre situaciones políticas, culturales. Véase, a título de ejemplo, la fotografía ganadora del premio Pulitzer: “un hombre sirio llora sobre el cuerpo de su hijo cerca del hospital de Aleppo, en Siria “(octubre, 2012) del fotoperiodista Manu BRABO (AP) publicada por GARCIA, Carolina , el País de 15/04/2013 http://cultura.elpais.com/cultura/2013/04/15/actualidad/1366054575_874888.html . Igualmente, a título de ejemplo, véase las Fotografías de la galería de fotoperiodismo de la Vanguardia <http://www.lavanguardia.com/galerias-fotos/20110211/54113366052/world-press-photo-2011-lo-mejor-del-fotoperiodismo.html> ; Finalidades científicas. Son las fotografías realizadas dentro de los diferentes campos de la ciencia para ilustrar las investigaciones realizadas: astronomía, biología, arqueología,

hubiera sobre ella e implica que, en este caso, las fotografías puedan ser utilizadas por cualquiera.

Ahora bien, los fondos fotográficos pueden albergar fotografías realizadas desde el siglo XIX hasta la actualidad y desde la perspectiva de la legislación española de Propiedad Intelectual, para verificar su entrada en el dominio público es necesario distinguir diversos períodos.

1.1. Fotografías realizadas antes de la Ley 22/1987

Las fotografías realizadas antes de la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual (LPI/1987)⁴ se encuentran bajo el amparo de la Ley de 10 de enero de 1879⁵. En esta Ley, las fotografías si bien no están expresamente designadas en el artículo 1 del texto legal de 1879 que incluye una definición genérica *“La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias ó artísticas que pueden darse á luz por cualquier medio”*, sí se incluyen específicamente como obras protegidas en el artículo 1 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 que aprueba el Reglamento de la Propiedad Intelectual⁶:

“Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo”. Según la Ley con la creación nace el derecho a la Propiedad Intelectual.

La Ley de 1879 para el goce de los beneficios reconocidos por la Ley establece la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual⁷. De esta exigencia, se exceptúan las fotografías de conformidad con el propio artículo 37 de la Ley en el que las fotografías tienen su cabida en el concepto de “obras plásticas”:

“Los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura ó topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultural ó plástico, quedan excluidas de la obligación del Registro y del depósito” Estipulando que: *“No por ello dejan de gozar plenamente sus*

⁴ Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, (BOE-A-1987-25628).

⁵ Ley de 10 de enero de 1879 de la Propiedad Intelectual (Gaceta de Madrid n.º 12, de 12 de enero de 1879).

⁶ Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879 (gaceta del 6).

⁷ Artículo 36 Ley de 1879 *“Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo á lo establecido en los artículos anteriores. Cuando una obra dramática ó musical se haya representado en público, pero no impreso, bastará para gozar de aquel derecho presentar un solo ejemplar manuscrito de la parte literaria, y otro de igual clase de las melodías con su bajo correspondiente en la parte musical. El plazo para verificar la inscripción será el de un año, á contar desde el día de la publicación de la obra; pero los beneficios de esta ley los disfrutará el propietario desde el día en que comenzó la publicación, y sólo los perderá si no cumple aquellos requisitos dentro del año que se concede para la inscripción”.*

propietarios de todos los beneficios que conceden esta ley y el derecho común á la propiedad intelectual". Esta excepción se ratifica implícitamente en el Reglamento de ejecución de 1880 en su artículo 28.⁸

Por otra parte, las fotografías se incluyen como obra protegida en el artículo 2 del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886⁹ para la protección de obras literarias y artísticas suscrito por España en ese mismo año (9 de septiembre 1886) y ratificado el 5 de septiembre de 1887 (en vigor el 5 de diciembre de 1887) y cuyo artículo 5.2 de la Convención elimina la formalidad de la inscripción registral para el goce de los derechos de la Propiedad Intelectual¹⁰. Este Convenio es de obligado cumplimiento en España y con carácter preferente al Reglamento por razón de jerarquía normativa, de conformidad con el artículo 1(5) del Código Civil¹¹

Sentado lo anterior, atendiendo a la duración de los derechos de explotación es posible realizar la siguiente distinción.

1.1.1. Fotografías de autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987.

Los derechos de explotación sobre las fotografías creadas, realizadas por autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987, según la Disposición Transitoria Cuarta de la actual Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (LPI1/1996)¹², *"tendrán*

⁸ El artículo 28 del Reglamento cit., nota 5 *"El Registro General de la Propiedad Intelectual se llevará en el Ministerio de Fomento por medio de los libros que sean necesarios. A este efecto, además de los índices y libros auxiliares, se abrirán libros-matrices para inscribir, definitivamente y con la debida separación, todas las obras bajo los conceptos de obras científicas y literarias, obras dramáticas y musicales, obras de índole artística, no exceptuadas expresamente por el artículo 37 de la Ley, y periódicos. La inscripción de cada una de las obras que se presenten se hará en estos libros por riguroso orden cronológico, y bajo el número correspondiente, con una hoja especial donde se consignarán todas sus vicisitudes"*.

⁹ Artículo 2: Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARIS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLIN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARIS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf.

¹⁰ Artículo 5.2. Convenio de Berna cit., : *"El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra"*.

¹¹ Código Civil de 29 de julio de 1889 , artículo 1.5 *"Las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial de Estado"*"

¹² Real Decreto Legislativo 1/1996, 12/04/1996 por la se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y

la duración prevista en la ley de 10 de enero de 1879", es decir, de ochenta años contados desde su fallecimiento¹³.

Sobre este periodo de vigencia de los derechos de explotación sobre las fotografías de autores fallecidos antes de 1987, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de junio de 2012¹⁴ y de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de marzo de 2011¹⁵.

En el primer caso, la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia de 13 de junio de 2012, trata de la publicación y reproducción realizadas en el Libro "Valencia CF un Club de leyenda 1919 -1955" de 115 fotografías de un fotógrafo fallecido en 1959 sin la autorización del heredero titular de los derechos de explotación.

La Audiencia Provincial de Valencia, en esta sentencia, declara que no es exigible para el autor o sus herederos la inscripción registral de las fotografías para ostentar los derechos de propiedad intelectual y *"en consecuencia el plazo asignado por la sentencia de vigencia de tales derechos hasta pasar al dominio público conforme al artículo 6 de la ley 10/1/1879 de ochenta años desde el fallecimiento del autor es correcto y no es aplicable el fijado en el TRLPI pues como ya dijo esta Sala en la repetida sentencia de 24/2/2007 no es de aplicar a los derechos nacidos y regidos bajo aquel cuerpo legal aquellas nuevas disposiciones que sean perjudiciales a tales derechos, tanto introducidos por la Ley 22/1987 de 11 de noviembre como por el Real Decreto Legislativo 1/1996 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, pues el legislador ha fijado una clara irretroactividad de la norma perjudicial para los derechos de los autores adquiridos con anterioridad dada la claridad de la Disposición Transitoria Primera de ambos textos legales"*¹⁶.

En el segundo caso, como en el supuesto anterior, la Audiencia Provincial de Las Palmas, trata básicamente de la publicación sin autorización de una obra fotográfica compuesta de instantáneas de carácter histórico, etnográfico y artístico de un autor extranjero nacido en 1878 y fallecido en 1936.

En este caso, la publicación de las fotografías se realiza por diferentes entidades y por diversos medios. Básicamente:

(a) mediante una separata coleccionable "Lanzarote en el Recuerdo" incluida en un rotativo dominical entre septiembre de 1998 y los primeros meses de 1999

armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE nº97, 22/04/1996 y sus modificaciones subsiguientes.).

¹³ Artículo 6 de la Ley de 1879: *"La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se transmite á sus herederos testamentarios ó legatarios por el término de ochenta años"*.

¹⁴ SAP de Valencia, Sección 9, 13/06/2012, rec. 251/2012 (Ponente, Caruana Font de Mora, Gonzalo María) caso (denominado por la autora) del Libro "Valencia CF un Club de leyenda 1919 - 1955" (La Ley 128221/2012).

¹⁵ SAP de Las Palmas, Sección 5ª, 18/03/2011, rec.401/2009 (Ponente: García Van Isschot, Carlos Augusto) caso denominado (por la autora) de separata "Lanzarote en el Recuerdo" y otros (La Ley 103414/2011).

¹⁶ FD2, SAP de Valencia, Sección 9, 13/06/2012, cit., nota 14.

en la que se reproducen siete fotografías, indicando la colección de la que procedían, sin indicar el autor y sin autorización del titular;

(b) mediante la inclusión en el año 2002 de una fotografía en un coleccionable distribuido en formato DVD y en un rotativo. La imagen había sido adquirida en 1992 de una colección de fotografías históricas; y

(c) mediante la inclusión en un libro publicado en 1998 de cinco fotografías, sin indicar quién era el autor, y haciendo constar quien había realizado la reproducción de las fotografías así como los Archivos que habían cedido las fotografías.

Ante esta situación, la Audiencia de Las Palmas, en su sentencia de 18 de marzo de 2011 concluye que no se necesita inscripción registral y *“consecuentemente resulta de aplicación el artículo 6 de la ley de 1879 de corresponder la propiedad intelectual a los autores durante su vida por el termino de ochenta años o en palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de enero de 2005 (Sección 12a, No de Recurso: 586/2003 ,No de Resolución: 41/2005; - <<de toda la interpretación armónica y conjunta de la legislación que acabamos de reseñar -art. 3.1 C. civil, no puede por menos de concluirse por un lado, que la duración de los derechos de autor fallecidos antes del 7-12-1987 tienen una duración de ochenta años a favor de sus herederos o causahabientes, a contar desde la muerte del autor y, por otro lado, que estos derechos y con dicha duración se extiende a los autores extranjeros de Estados que hayan suscrito o se hayan adherido a mencionada Convención Universal sobre derechos de autos y desde luego a los países que hoy son miembros de la Comunidad Europea, siempre que ejerciten dichos derechos ante la jurisdicción española.>>”*¹⁷

En ambas sentencias, sentencia de 13 de junio de 2012 y de 18 de marzo de 2011, se refleja, en definitiva, el criterio adoptado en múltiples sentencias anteriores.

En efecto, salvo la acertadamente criticada¹⁸ sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001¹⁹ que ante la inexistencia de Registro de una obra editada en 1916 por un autor fallecido en 1936 declara la obra en el dominio público, existen múltiples otras sentencias que se manifiestan con rigurosidad jurídica en el sentido de no exigir a los autores formalidades adicionales a la creación²⁰ y fijan

¹⁷ SAP de Las Palmas, Sección 5ª, 18/03/2011, cit.pág.76, nota 15, FD3 y FD4.

¹⁸ Véase, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Registro de la propiedad intelectual y dominio público”, Aranzadi Civil – Mercantil, núm 16/2001 parte Tribuna, Aranzadi, 2001.

¹⁹ STS, Sala Primera, Civil, 11/04/2001, rec.271/1996, (Ponente, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio) caso (denominado por la autora) de la Obra “Semana Santa en Sevilla” (La Ley 5125/2001). Se trata de la publicación en 1991 por la Universidad de Sevilla de la obra editada en 1916 por el autor fallecido en 1936, sin autorización de la heredera titular de los derechos de explotación sobre la misma. El TS aplica la ley de 1879 artículos 38 y 39 exigiendo la obligación de inscripción registral declarando a la obra en el dominio público.

²⁰ Con carácter previo, SAP Cantabria, sección 3, 09/09/1997, (Ponente: Alonso Roca, Agustín) sobre la reedición de la Obra “Mitologías y Supersticiones de Cantabria” (La Ley 15194/1997) editada por primera vez en 1964 por su autor fallecido en 1972. La reedición se efectúa sin la autorización previa de los titulares de los derechos de explotación. En su FD4 declara que: “... de

el plazo de duración de los derechos de explotación en los ochenta años después del fallecimiento del autor. Entre éstas, cabe distinguir por razón de las obras las siguientes:

(a) Obras pictóricas

En este sentido se manifiesta, en un caso de reproducciones no autorizadas de obras pictóricas, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 26 de enero de 2005²¹. El caso trata sobre la promoción y venta durante 1999 – 2000 por parte de una sociedad de ediciones de 6 reproducciones de obras pictóricas de Claude Monet fallecido el 26 de diciembre de 1926 sin autorización de los titulares de los derechos de explotación.

En este caso, la Audiencia decide, entre otros aspectos, sobre la aplicación de las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta de la LPI 1/1996. La Audiencia estima, en base a los razonamientos antedichos, la aplicación del plazo de ochenta años *post mortem* a las obras. Consecuentemente la entrada en el dominio público se produciría el 1 de enero de 2007.

(b) Obras literarias

Igual razonamiento es utilizado por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid en un caso de edición, publicación y comercialización no autorizadas de obras literarias. En este caso se trata de obras de Chesterton, fallecido el 14 de julio de 1935. El Juzgado de lo Mercantil, de Madrid en su sentencia de 14 de julio de 2011²² aplica el Convenio de Berna y la Disposición Transitoria Cuarta de la LPI para la duración de los derechos de explotación fijando la entrada en el dominio público de las obras del autor el 31 de diciembre de 2016.

Además, en este supuesto, el Juzgado, tratándose de un autor extranjero, aplica acertadamente, el Auto nº 320/2005 dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de diciembre de 2005²³ en el que se recoge la doctrina sentada por la Sentencia del TJUE de 6 de junio de 2002 en el caso Ricordi²⁴ puesta en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la LPI y la antigua Ley de 10 de enero de 1879. En base a esta doctrina el Juzgado determina:

la interpretación conjunta de las normas estudiadas se colige que el legislador ha querido facilitar tanto a los autores vivos, como a los derechohabientes de los mismos y siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por tercero, la recuperación de los derechos de explotación que entraron en el dominio público por falta de inscripción en su día de la obra en el RPI”.

²¹ SAP Madrid, Sección 12, S. núm.41/2005, de 26 enero, (Ponente: Uriarte Lopez, Cesar) caso de “Las reproducciones de obras pictóricas de Claude Monet” (AC\2005\879), FD2 y FD5.

²² S. Juzgado de lo Mercantil, Madrid, 14/07/2011 (Ponente: Gallego Sánchez, Ana María) caso de la reproducción de “Libros de Chesterton” (AC\2011\1538).

²³ AP Barcelona, Sección 15, Auto núm. 320/2005, de 19 de diciembre, (Ponente: Garrido Espá, Luis), (JUR\2007\189505) dictado en sede de medidas cautelares para la suspensión de la publicación y distribución del Tomo II de las “Obras completas” del autor James Joyce, irlandés de nacimiento y fallecido en 1941 sin autorización del titular de los derechos de explotación. FD3.

²⁴ STJCE, Sala 5, 06/06/2002 (asunto C-360/00, Land Hessen c. Ricordi) sobre la interpretación del artículo 6, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, párrafo primero) en el marco de un litigio relativo a los derechos de representación de la ópera *La Bohème* del compositor italiano Puccini (fallecido en 1924) durante las temporadas 1993/1994 y 1994/1995.

“la aplicación, tal como enseña aquella Sentencia, del principio de trato nacional sin discriminación por razón de la nacionalidad cuando se trata de obra de autor de un Estado de la Unión Europea, lo que permite reconocer -y lo decimos con las prevenciones propias de la fase cautelar- una duración del derecho de exclusiva, en nuestro país y en el caso que contemplamos, que alcanza los 80 años tras el fallecimiento del autor”

1.1.2. Fotografías de autores vivos después del 7 de diciembre de 1987.

En este caso se trata de fotografías realizadas antes de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 por autores vivos después del 7 de diciembre de 1987.

Como en el caso anterior, estas fotografías gozan de la protección de la propiedad intelectual según la Ley de 10 de enero de 1879 siendo el plazo de vigencia de los derechos de explotación de Propiedad Intelectual hasta pasar al dominio público de conformidad con el artículo 6 de la citada Ley de ochenta años desde el fallecimiento del autor. A las fotografías del periodo analizado, no les son de aplicación las nuevas disposiciones tanto introducidas por la LPI/1987 como por la LPI 1/1996, que sean perjudiciales a los derechos nacidos sobre las mismas y regidos bajo la anterior ley de 1879.

Esta interpretación es conforme con la aplicación del Convenio de Berna así como de la Disposición Transitoria Primera de los nuevos textos legales que fijan la irretroactividad de la norma perjudicial para los derechos de los autores adquiridos con anterioridad.

Por lo tanto, a estas fotografías realizadas antes de la LPI/1987 no se les aplica el artículo 26 de la actual LPI 1/1996 que fija la duración de los derechos de explotación hasta la entrada en el dominio público en setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor. De igual modo, no es de aplicación el artículo 128 reservado a las meras fotografías que fija para los derechos de explotación reconocidos un periodo de vigencia de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

Así, a los autores vivos después del 7 de diciembre de 1987, se les reconoce derechos de explotación sobre sus fotografías realizadas antes de la Ley de 1987 por un periodo de ochenta años *post mortem* sin el requisito de cumplir las formalidades de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. Los Tribunales se han manifestado de forma reiterada en este sentido para diversas obras entre las que se encuentran las fotografías.

(a) Fotografías

En efecto, así se manifiesta, en el ámbito específico de las fotografías, la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 27 de febrero de 2007²⁵ en

²⁵ SAP Valencia, Sección 9ª, 27/02/2007, rec. 24/2007 (Ponente: Caruana Font de Mora, Gonzalo María) caso del Libro “Política y Políticos Valencianos. 25 años: 1975-2000, vol.1 (años 1975-1982)” (La Ley 117429/2007) FD3.

un caso sobre instantáneas fotográficas que recogen eventos públicos de carácter político con valor histórico y documental.

La Audiencia en su sentencia trata, en concreto, de la reproducción y publicación de doce fotografías realizadas entre 1975 y 1982 en el Libro “Política y Políticos Valencianos. 25 años: 1975-2000, vol.1 (años 1975-1982)” que se efectúa omitiendo quién era el fotógrafo y sin su autorización.

A este efecto, la Audiencia declara la pervivencia de los derechos de explotación del autor y precisa además la irrelevancia del origen de la adquisición u obtención de las fotografías usadas por los autores del Libro. En concreto, considera irrelevante que se hayan conseguido por escaneado (reproducción) de archivos de hemerotecas o por cesión (donación, comodato) del propio retratado o de las entidades políticas²⁶.

(b) Obra coreográfica

Igualmente en un caso de coreografía de un espectáculo musical realizada antes de 1987, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 14 de octubre de 2004²⁷ aplica la Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª de la LPI 1/1996 y de la LPI/1987. La Audiencia reconoce al autor los derechos de explotación por aplicación de la Ley de 1879 y del Convenio de Berna y fija su duración en 80 años *post mortem*.

(c) Obra Literaria

De igual modo se manifiesta la Audiencia Provincial de Navarra en su sentencia de 23 de marzo de 2004²⁸ en el caso de las representaciones de la obra “El Misterio de San Guillén y Santa Felicia”. La Audiencia reconoce el plazo de vigencia de 80 años *post mortem* y los derechos de la entidad gestora la Sociedad General de Autores y Editores para solicitar la remuneración por los derechos que gestiona sobre la Obra.

²⁶ SAP Valencia, Sección 9ª, 27/02/2007, rec.24/2007, cit., nota 25, pág.80, FD5. “No existe en el supuesto causa que libere a los interpelados a usar y explotar de tales fotografías sin la obtención del consentimiento del autor, pues el dato de que la mayoría fuesen obtenidas por escaneado de archivos de determinadas hemerotecas no da derecho alguno para explotar en su beneficio tales fotografías omitiendo a quien es su autor, mas cuando en la mayoría de ellas se hace mención al diario Las Provincias, a cuya editora tampoco los interpelados se dirigieron cuando por otro lado conocían que el actor era y es el fotógrafo de dicho Diario. Tampoco exime de tal obligación que recibiesen algunas fotografías de algún retratado en la misma o de alguna entidad política, pues, por un lado tales afirmaciones no han tenido prueba alguna que las refrende y por otro lado esas terceras personas indicadas no son los autores de las mismas”.

²⁷ SAP Madrid, Sección 12, S, núm. 668/2004, de 14 octubre, (Ponente: Alía Ramos, Maria Jesús) caso “Coreografía del espectáculo musical “Vaya par de Gemelas”” (AC\2005\127).

²⁸ SAP Navarra, Sección 2, S núm 52/2004, de 23 de marzo, (Ponente: Cobo Sáenz, José Francisco) caso de “las representaciones de la obra “El Misterio de San Guillén y Santa Felicia” (AC\2004\816). En el caso, se trata de representaciones de la obra creada e inscrita (guión, letra, música) en 1965 en la Sociedad General de Autores y Editores por autores fallecidos en el momento de la sentencia (no nos consta la fecha exacta de fallecimiento) celebradas en Obanos en julio de 2000 y de 2002, sin la preceptiva autorización de la SGAE.

En este caso, la Audiencia aunque expresamente hace referencia al criterio formalista mantenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001²⁹, no lo comparte y aplica el criterio contrario también fijado por la misma sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de octubre de 2001³⁰ en el que expresamente se declara la no necesidad de la inscripción para la pervivencia de los derechos de explotación sobre obras creadas con anterioridad a la Ley de 1987.

Para finalizar, es preciso señalar que las fotografías realizadas antes de 1987 bajo el ámbito de la Ley de 10 de enero de 1879 gozan de la protección de la propiedad intelectual sin distinción entre obras fotográficas y meras fotografías. Esta distinción se introduce por primera vez en la LPI/1987 y se mantiene en la actual LPI 1/1996 (artículo 10 (1) (h) y artículo 128).

En efecto, en el momento de la introducción de esta distinción, el autor de las fotografías realizadas hasta 1987 ya había adquirido los derechos de explotación según la legislación aplicable a la época de su realización. En consecuencia y como sucede para los años de vigencia de los derechos de explotación, también para este supuesto es de aplicación la Disposición Transitoria Primera y por lo tanto, la irretroactividad de las normas perjudiciales a los derechos de los autores adquiridos con anterioridad.

Este es el criterio mantenido en las sentencias citadas de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de junio de 2012 y de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de marzo de 2011 (ésta última de forma incidental)³¹. Ahora bien, es preciso señalar que la Audiencia Provincial de Valencia, en su también citada sentencia de 27 de febrero de 2007 si bien no aplica la distinción a efectos de protección, recurre a la misma al fijar el *quantum* indemnizatorio³².

A la vista de lo expuesto, resulta, por lo tanto irrelevante a los efectos de determinar la duración (y contenido) de los derechos de explotación de los autores en materia fotográfica la protección dual fijada por los textos de Propiedad Intelectual a partir de 1987 para fotografías anteriores a la misma. Ahora bien, esta situación difiere para las fotografías realizadas con posterioridad.

²⁹ STS, Sala Primera, Civil, 11/04/2001, rec.271/1996, cit., nota 19

³⁰ STS. Sala Primera Civil, 23/10/2001, rec.1959/1996, (Ponente, Corbal Fernández, Jesús) caso de la obra “Técnicos en mantenimiento integral óptimo” (La Ley 8749/2001). Se trata del plagio por una Asociación de Industria de la obra creada con anterioridad a la Ley de 1987.

³¹ SAP Valencia, Sección 9, 13/06/2012 cit., nota 14, FD3. SAP de Las Palmas, Sección 5, 18/03/2011, cit., FD7.

³² SAP Valencia, Sección 9, 27/02/2007, cit., nota 25, pág.80 en este sentido declara en su FD5: “la Sala no puede compartir la cifra interesada por el demandante por indemnización tanto patrimonial como moral, ni apoyarse en la documentación en tal sentido aportada con la demanda, pues el concepto del cual parte a tales efectos como premisa para su valoración (remuneración que hubiese obtenido de autorizar la explotación de obra fotográfica) no es acertado cuando nos encontramos ante instantáneas fotográficas que recogen eventos públicos en su casi totalidad de carácter político, donde prácticamente no existe actividad preparatoria ni originalidad en cuanto se limitan a captar el suceso Público que viene aconteciendo. No niega la Sala el reconocido prestigio profesional del actor, valoración igualmente admitida por los demandados, así como el importante valor histórico y documental que aportan dichas fotografías, por la trascendencia política de los momentos que plasman, pero ello no legitima para incluirlas en una categoría artística que no le resulta procedente”.

1.2. Fotografías realizadas a partir de la vigencia de LPI/ 1987

A diferencia de la época anterior, el período de vigencia de los derechos de explotación sobre las fotografías realizadas a partir de la entrada en vigor de la LPI/1987, actual LPI 1/1996, difiere en atención a la clasificación de la fotografía en obra fotográfica (artículo 10(1) (h)) o en mera fotografía (artículo 128).

La Ley instaure así una protección dual para las fotografías, protección que, por otra parte, está en perfecta consonancia con la Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines³³ y se mantiene en la Directiva 2006/116/CE³⁴.

El elemento clave de esta clasificación reside en la existencia de “originalidad” en la fotografía realizada.

Así, en efecto, los derechos de explotación (derechos de reproducción, distribución, transformación, comunicación pública, de participación) correspondientes a una fotografía original tienen un período de vigencia de setenta años después de la muerte de su autor o de su declaración de fallecimiento (artículo 26 de la LPI 1/1996 y artículo 6 de la Ley 3/2008 de 23 de diciembre³⁵). Después de la entrada en el dominio público, toda utilización de la fotografía si es obra fotográfica está únicamente sujeta al respeto de los derechos morales de autoría e integridad del artículo 14 (3) y (4) de la LPI 1/1996.

Por su parte, los derechos de explotación (derechos de reproducción, distribución y comunicación pública) reconocidos a una mera fotografía, es decir a una fotografía considerada no original, tienen un período de duración menor, veinticinco años computados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

Como se puede apreciar, la originalidad de una fotografía es el elemento clave diferenciador entre la obra fotográfica y la mera fotografía³⁶. Antes de proceder al examen de la originalidad, deseamos poner de relieve la posibilidad que ofrece la LPI 1/1996 y la Directiva 93/98 de abrir un nuevo periodo de protección para obras ya obrantes en el dominio público que puede afectar a las fotografías.

³³ Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines . (DO. L290. 24/11/1993). artículo 6 refiriéndose a las fotografías no originales estipula “que la protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional” y Considerando 17

³⁴ **Directiva 2006/116/CE**³⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 /12/ 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO. L372, 27/12/2006) artículo 6 y Considerando 16. Igualmente, en este aspecto no está afectada por la Directiva 2011/77, de 27/09/2011 por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO.L265, 11/10/2011).

³⁵ Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, Ley 3/2008, de 23 de diciembre. BOE, 25/12/2008, núm 310.

³⁶ Por su especificidad, excluimos de esta exposición, las fotografías capturadas por sensores montados en satélites artificiales o en vehículos espaciales que capturan imágenes. Prescindimos igualmente de las fotografías “street view”, (fotografías capturadas a partir de aparatos situados en puntos fijos o en vehículos terrestres).

<http://www.google.com/help/maps/streetview/learn/turning-photos-into-street-view.html>.

1.3. Publicación de fotografías inéditas en dominio público.

Las fotografías no publicadas de autores identificados y cuyo fallecimiento ha superado el periodo fijado para entrar en el dominio público (ochenta años *post mortem* fijado en la Ley de 1879, el período de setenta años *post mortem* supone una entrada en el dominio público a partir como mínimo del año 2058) pueden estar sujetas a un nuevo plazo de protección de 25 años.

De conformidad con el artículo 129 de la LPI 1/1996 y su correspondiente artículo 4 de la Directiva 93/98 (Directiva 2006/116), esta situación es posible siempre que la fotografías sean inéditas y, por primera vez, se publiquen o se comuniquen lícitamente al público. En estos supuestos, la persona que hubiera realizado esta publicación o comunicación pública gozará de una protección equivalente a la de los derechos económicos del autor con un período de vigencia de 25 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la publicación o comunicación pública.

En todo caso, la LPI/1996 se refiere en este supuesto a obras, por lo tanto, a las que, con la salvedad de lo ya expuesto para las fotografías realizadas antes de la LPI/1987, reúnen el requisito de originalidad.

2. ORIGINALIDAD DE LAS FOTOGRAFÍAS

Dada la repercusión de la originalidad en los derechos morales y en los derechos de explotación (su extensión y período de vigencia) sobre las fotografías, la definición de la misma deviene fundamental tanto para los autores como para los demás participantes en el proceso creativo y, en su caso, en la sociedad de la información.

Dada su trascendencia económica, el concepto de “originalidad” es objeto de tratamiento tanto a nivel normativo como jurisprudencial en el ámbito comunitario.

2.1. Criterio normativo comunitario de originalidad

La Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines³⁷ regula expresamente la definición comunitaria de originalidad de las fotografías en su artículo 6 y Considerando 16. El concepto comunitario contenido en la Directiva presenta dos aspectos fundamentales: primero, proporciona una definición armonizada de originalidad y segundo la establece como el criterio único a aplicar por los Miembros de la Unión para declarar una fotografía como obra protegida por el Derecho de autor

(a) Creación Intelectual propia del autor

El concepto comunitario de originalidad aplicado a las fotografías radica en considerar a la fotografía como una creación intelectual, entendida ésta como

³⁷ Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines . (DO. L290. 24/11/1993).

forma de plasmar mediante imágenes ideas / sensaciones, “*propia de su autor*”, interpretando el término “*propia*” como “*reflejo de la personalidad*” del autor³⁸.

Esta definición de la originalidad como creación intelectual propia del autor no es, por otra parte, específica y exclusiva de las fotografías. Previamente, ya se había introducido este criterio para los programas de ordenador en la Directiva 91/250 (actual Directiva 2009/24)³⁹ y posteriormente se reitera en la Directiva 96/9 de protección de una Base de Datos⁴⁰, en la que para calificar de original una Base de Datos se usa el único criterio de ser “*una creación intelectual de su autor*” aplicada a “*la selección o la disposición de su contenido*”.

(b) Originalidad requisito único

Simultáneamente, la Directiva de Duración (Directiva 1993/98 y Directiva 2006/116/CE) prescribe, expresado en sentido negativo, que, salvo el criterio de “creación intelectual del autor que refleja su personalidad”, no se debe aplicar “*ningún otro criterio*” para determinar el derecho del autor a la protección de sus fotografías.

A título enunciativo, la Directiva en su Considerando (17) (actual Considerando (16)) explícitamente proscribire para la apreciación de la originalidad la utilización de los criterios de “*mérito o finalidad*”.

(i) La prohibición del mérito implica la prohibición de baremos de apreciación entre los que se encuentran aquéllos que condicionan la originalidad de la fotografía a la “profesionalidad”, al “esfuerzo y laboriosidad” del fotógrafo y aquellos que la subordinan al criterio de “creatividad” entendida como un “nivel o grado”, una “mínima altura creativa” en la realización de la fotografía o en la fotografía misma.

(ii) La prohibición de la finalidad significa, por su parte, la irrelevancia en la estimación o desestimación de la originalidad de las fotografías de la finalidad de las mismas sea ésta estética, artística, publicitaria, (reportajes de moda, de propaganda, retratos, desfiles de moda), técnica, utilitaria, informativa, histórica - documental (fotografías de guerra o de eventos culturales o políticos, etnográficas, costumbristas, viajes, naturaleza) y el reconocimiento de la posible

³⁸ La Directiva 1993/98 (Directiva 2006/116/CE) de Duración define en su artículo 6 expresamente a las fotografías “originales” como “*creaciones intelectuales propias del autor*” y en su Considerando 17 (Considerando 16 Directiva 2006/116/CE) considera el término “*propias*” equivalente al reflejo de la personalidad del autor expresándose en los términos siguientes: “*es necesario definir el grado de originalidad en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad*”.

³⁹ Artículo 1 (3), Directiva 91/250/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1991, sobre la protección de programas de ordenador (DO C-204, 09/08/2008) igualmente en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril 2009 de sobre la protección de los programas de ordenador (DO L 111/16, 05/05/2009) un programa de ordenador es original si es una “creación intelectual propia de su autor” .

⁴⁰ Artículo 3 de la Directiva 96/9 del Parlamento Europeo y del Consejo de protección de las Bases de Datos (DO L 77, 27/03/1996).

apreciación de la originalidad en todas ellas siempre que reúnan el criterio comunitario.

(iii) La novedad es otro de los criterios excluidos de la apreciación de la originalidad. Este criterio, a veces también denominado “novedad objetiva”, consiste en considerar “original” a la creación nueva que no existe anteriormente, a la creación novedosa frente a cualquier otra preexistente. Este criterio es excluido del ámbito del Derecho de autor por ser propio de la propiedad industrial, en especial de las patentes y/o los diseños.

La “singularidad” a veces denominada “especificidad” de la fotografía basada en apreciar la impresión general, el impacto o efecto que la fotografía produce en los destinatarios por su comparación con la producida por otras fotografías realizadas con anterioridad o por su nivel o altura creativa es un criterio a excluir por estar subsumido dentro de los anteriores de mérito y novedad.

La Directiva de Duración (Directiva 1993/98) reitera así para las fotografías la prescripción del criterio único, originalidad, contenida en artículo 1(3) y Considerando 8 de la Directiva 91/250 (actual Directiva 2009/24) para la protección de los programas de ordenador, en la que expresamente se prohíbe como criterios de determinación de la originalidad de un programa de ordenador los de “*carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa*”.

Es de notar que esta definición en sentido negativo de originalidad de los programas de ordenador de la Directiva 91/250 surge como reacción al concepto alemán de originalidad que requería en un test de dos niveles apreciar, por un lado, la existencia de “novedad” y por otro, una “mínima altura creativa”. Test aplicado por el *Bundesgerichtshof, BGH* (Tribunal Federal Alemán) en el caso “*Inkassoprogramm*” en su sentencia de 9 de mayo de 1985 y en el caso “*Betriebssystem*” en su sentencia de 4 de octubre de 1990. Concepto que, por otra parte, es abandonado por el propio *BGH* en el caso “*Buchhaltungsprogramm*” en su sentencia de 14 de julio de 1993 tras la implementación de la Directiva⁴¹.

Igualmente se reitera esta obligación de criterio único en la Directiva 96/9 en la que expresamente se prohíbe la aplicación de otros criterios y, en especial, criterios estéticos o cualitativos para declarar original una Base de Datos.

Como se puede comprobar, a nivel normativo, en la Unión, existe un concepto uniforme de originalidad de las fotografías para considerarlas obra protegida por

⁴¹ Véase, “*Software Protection in Germany – recent Court Decisions in Copyright Law*” en *Computer Law and Security Review*, 1995/11, págs 12-13; JUDGE, E y GERVAIS, D., “*Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law*” en *Intellectual Property Protection of Fact-Based works, Copyright and its alternatives*. Edit. Brauneis, Publ. Edward Elgar, UK., 2009, pag. 383; HEINDIGER, Roman, “*The Threshold of originality under EU Copyright Law*”, in *Co-Reach Intellectual Property Rights in the New Media*, Hong Kong Workshop, 20/10/2011; Para el Tribunal Supremo austriaco donde el estándar de la “mínima altura creativa” ha sido sustituido por el criterio armonizado, Véase WALTER M. Michael, “*Austria*” in *Copyright and Photographs, An International Survey*, edit. Gendreau Y, Nordemann A. Oech, R., Kluwer Law International, London 1999, p.49. Del mismo autor, las respuestas al “*Questionnaire – Boundaries and Interfaces. Answers of the Austrian Group of ALAI*”. ALAI 2011 – Dublin Congress” en <http://www.alaidublin2011.org/wp-content/uploads/2011/06/Austria.pdf>.

el derecho de autor junto con los programas de ordenador y las Bases de Datos. Concepto armonizado que se extiende, por otra parte, a todas las obras comprendidas en la Directiva infosoc (Directiva 2001/29)⁴² por la interpretación uniforme realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como se expondrá en páginas posteriores.

2.2. Test de la libre elección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Aplicado el concepto armonizado a las fotografías (Directiva 93/98 y 2006/116), éstas son “originales” si son “creaciones - formas de expresar una idea/sensación - *propias de su autor*” por “*reflejar su personalidad*”.

Para poder verificar la existencia de este reflejo de la personalidad en las fotografías, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *Caso Painer* (asunto C-145/10)⁴³, en su sentencia de 1 de diciembre de 2011, aplica el test de la libre elección del autor y declara que la fotografía realista y especialmente los retratos fotográficos pueden gozar de la protección de los Derechos de autor por aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/98.

En este caso, se trata de reproducciones de un retrato fotográfico de una niña de diez años posteriormente secuestrada no autorizadas por su autora, una fotógrafa profesional y, en el que se plantea la cuestión de la “originalidad” del retrato.

Siguiendo al TJUE, mediante la aplicación del test de la libre elección del autor, se trata de verificar, y ésta es tarea encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales, la existencia de esta libertad a dos niveles: en la interacción entre la forma y la función de la obra creada y en las decisiones del autor en los diferentes momentos del proceso creativo.

(a) La libertad en la forma de expresar ideas

El primer nivel consiste en evaluar la interacción entre la forma y la función. El correspondiente órgano jurisdiccional tiene encomendada la tarea de constatar, en cada caso concreto, si la fotografía realizada viene dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa. Se trata, en definitiva, de verificar, en cada caso, si la función de la obra condiciona su expresión de tal modo que forma e idea se confunden hasta el punto que el fotógrafo no puede realizar ninguna o escasa selección en la forma de manifestar sus ideas.

Verificada la libertad en la forma y superado este primer nivel se procede a verificar el segundo nivel del test.

(b) La libertad en las decisiones del autor

⁴² Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L167, 22/06/2001).

⁴³ STJUE (Sala Tercera) 1 /12/ 2011 (asunto C-145/10) Caso Painer. Para ver el retrato en http://www.ippt.eu/files/2011/IPPT20111201_ECJ_Painer_v_Standard.pdf.

En este supuesto, se trata de poner en evidencia si el fotógrafo en la fotografía como forma de manifestar su idea, ha tomado decisiones libres y creativas, esto es, decisiones en las que puede dejar su “impronta personal”. Se trata de especificar para cada creación los diferentes momentos y formas en qué estas decisiones pueden ser adoptadas para proceder a continuación a verificarlas.

En aplicación de este estándar de originalidad, el TJUE, en el *Caso Painer*, a pesar de la falta de libertad en la elección del motivo, el retrato se realiza por encargo, resuelve que el margen del autor para poner en práctica su capacidad creativa no es necesariamente escaso o incluso inexistente.

El Tribunal declara que los retratos fotográficos, por su finalidad, no deben ser excluidos de la consideración de obras fotográficas ya que, en cada caso, se debe apreciar si en los diferentes momentos del proceso creativo el autor puede tomar sus decisiones libres y creativas de diversas maneras en las que puede dejar su «impronta personal».

El TJUE, para los retratos fotográficos, precisa además, los diferentes momentos en los que el autor puede manifestar su impronta creativa distinguiendo a tal efecto:

- *“En la fase preparatoria, el autor podrá elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación”.*
- *“Al hacer el retrato fotográfico, podrá seleccionar el encuadramiento, el enfoque o incluso el ambiente creado”.*
- *“Por último, al obtener copias, el autor podrá elegir, de entre las diversas técnicas de revelado que existen, la que desee utilizar, y podrá recurrir eventualmente a programas informáticos”.*

Por lo tanto, respecto del retrato fotográfico, el TJUE concluye que es una obra fotográfica y, por lo tanto, el autor goza de los Derechos de autor en aplicación de la Directiva infosoc (Directiva 2001/29)⁴⁴.

Esta sentencia no es un caso aislado. Por el contrario, el test de la libre elección utilizado en el *Caso Painer* es una doctrina jurisprudencial constante del TJUE durante el período 2009 – 2012.

2.2.1. Antecedentes del Caso Painer

Con carácter previo, el test de la libre elección del autor ya es aplicado por el TJUE como estándar de verificación del criterio armonizado de originalidad en cuanto impronta personal del autor en extractos de artículos de prensa, en interfaces gráficas de usuario y en partidos de fútbol.

⁴⁴ Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, (DO L167, 22/06/2001) cit. Véase también CDOs 85 -99, STJUE (Sala Tercera) 1 diciembre 2011 (asunto C-145/10) *Caso Painer* : “Dado que se ha acreditado que el retrato fotográfico de que se trata constituye una obra, su protección no es inferior a aquélla de que goza cualquier otra obra, incluidas las obras fotográficas”.

(a) Extractos de artículos de prensa. *Caso Infopaq*

En el *Caso Infopaq* (asunto C-5/08)⁴⁵ planteado al Tribunal de Justicia como cuestión prejudicial por el Hojesteret (Dinamarca), se trata de dilucidar si la actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto formado por once palabras de artículos de prensa (protegidos por el derecho de la propiedad intelectual) constituye una “reproducción parcial” y “transitoria” a los efectos del artículo 2 de la Directiva infosoc (Directiva 2001/29).

Para resolver sobre la cuestión planteada, el TJUE, en su sentencia de 16 de julio de 2009, procede en primer lugar a definir el concepto de “Obra” protegida en el ámbito de la Directiva Infosoc basándose en el concepto de originalidad de la Directiva 91/250 sobre la protección jurídica de programas de ordenador⁴⁶, de la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las Bases de Datos⁴⁷ y de la Directiva 2006/116 sobre las fotografías⁴⁸.

Apoyándose en estas Directivas, el TJUE concluye, en su Considerando 37, que la Directiva Infosoc sólo se aplica a las obras que “*constituyan creaciones intelectuales originales atribuidas a éste*”.

El criterio de “creación intelectual atribuida a un autor”, según el TJUE, aplicado a los artículos de prensa, “*proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello*” y, con respecto a los extractos prosigue “*no puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndole partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor*”.

El TJUE, en base al criterio de creación intelectual del autor, concluye en el caso de autos que la actividad, aún tratándose de un extracto del original formado por once palabras, podría ser considerada reproducción parcial de una obra protegida:

“Una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual formado por once palabras, constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, (...) si –lo cual corresponde verificar al tribunal remitente– el producto de dicho procedimiento expresa la creación intelectual del autor”.

⁴⁵ STJUE (Sala Cuarta) 16/07/2009 Caso Infopaq (asunto C-5/08), apartados 33 a 51.

⁴⁶ Artículo 1 (3) de la Directiva 91/250/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1991, sobre la protección de programas de ordenador (DO C-204, 09/08/2008) igualmente en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril 2009 de sobre la protección de los programas de ordenador (DO L 111/16, 05/05/2009).

⁴⁷ Artículo 3 de la Directiva 96/9 del Parlamento Europeo y del Consejo de protección de las Bases de Datos (DO L 77, 27/03/1996).

⁴⁸ Artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre sobre el plazo de protección del derecho de autor y d determinados derechos afines (DO L372, 27/12/2006).

Por último, el TJUE mantiene en el *Caso Infopaq* que la cuestión de saber si una obra cumple los requisitos para ser protegida por el Derecho de autor no está sujeta a un test nacional sino a un criterio de la Unión Europea.

(b) Interfaces gráficas de usuario. Caso BSA

En el Caso BSA (asunto C-393/09)⁴⁹, el TJUE, en su sentencia de 22 de diciembre de 2010, reitera la aplicación del criterio “*creación intelectual propia de su autor*” para apreciar la originalidad de una interfaz gráfica de usuario.

En este caso, el TJUE utiliza este criterio sobre la base de la aplicación al caso de la Directiva 2001/29, (Directiva Infosoc) y no, como se le había planteado, de la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

El TJUE estima que las interfaces gráficas de usuario no están incluidas en el concepto “*de cualquier forma de expresión de un programa de ordenador*” del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250/CEE. El TJUE, para excluirla de la Directiva 91/250, argumenta que la interfaz gráfica de usuario es una “*interfaz de interacción que permite una comunicación entre el programa de ordenador y el usuario*”. Como herramienta de interacción, la interfaz gráfica de usuario, prosigue el TJUE, “*no permite reproducir el programa de ordenador sino que sólo constituye un elemento de dicho programa por medio del cual los usuarios utilizan las funcionalidades de éste*”. Como consecuencia, no siendo programa de ordenador en el sentido de la Directiva 91/250 la interfaz gráfica de usuario no puede disfrutar de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador.

Ahora bien, el propio TJUE, en su sentencia, resuelve que, no obstante lo anteriormente declarado, esa interfaz gráfica de usuario puede ampararse, como una obra, en la protección del derecho de autor en virtud de la Directiva 2001/29/CE (Directiva Infosoc) “*si dicha interfaz constituye una creación intelectual propia de su autor*”.

Para comprobar el cumplimiento de este criterio, el TJUE considera que los tribunales nacionales deben tener en cuenta, “*la disposición o la configuración específica de todos los componentes*” que formen parte de la interfaz gráfica de usuario para determinar cuáles cumplen el criterio determinante de la originalidad. Este criterio no se cumpliría para aquellos componentes de la interfaz que “*únicamente se caractericen por su función técnica*” y ello debido a la falta de libertad del autor en la toma de decisiones creativas.

En efecto, según el TJUE, en aplicación del test de la libre elección, el criterio de originalidad no se cumpliría en aquellos componentes de la interfaz gráfica de usuario cuya expresión viene impuesta por su función técnica ya que en este

⁴⁹ STJUE, Sala Tercera, 22/12/2010, Asunto C-393/09, Caso BSA.

supuesto, “*las diferentes maneras de poner en práctica una idea son tan limitadas que la idea y la expresión se confunden*”⁵⁰.

(c) Partidos de Fútbol. Caso *Murphy*

De forma incidental, el TJUE, en el Caso *Football Association Premier League – Caso Murphy* (asuntos C-403/08 y C-429/08), en su sentencia de 4 de octubre de 2011, declara en sus apartados 95 a 99 que no pueden invocarse derechos de autor sobre los encuentros deportivos por no poder éstos calificarse como obras en el sentido de la Directiva Infosoc.

En efecto, en este caso, el TJUE, remitiéndose al Caso *Infopaq*, considera que las obras protegidas deben constituir una “*creación propia de su autor*” y este criterio no se cumple en el caso de los partidos de fútbol, al estar delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa en el sentido de los derechos de autor. En estas circunstancias, concluye el Tribunal, dichos partidos no pueden estar protegidos por los derechos de autor⁵¹.

2.2.2. Casos posteriores al Caso *Painer*

Con posterioridad al Caso *Painer*, el TJUE reitera el test de la libre elección en la apreciación de la originalidad de las Bases de Datos y de Manuales de utilización de programas de ordenador.

(a) Bases de Datos. Caso *Football Dataco*

Con posterioridad al Caso *Painer*, en el Caso *Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10)⁵², el TJUE utiliza, en su sentencia de 1 de marzo de 2012, el criterio armonizado de originalidad y su test de verificación de la libre elección para declarar a una Base de Datos obra protegida por el derecho de autor.

Se trata de Bases de Datos del artículo 1 (2) de la Directiva 96/9, definidas por el TJUE, en el Caso *Fixtures Marketing LTD* (Asunto C-444/02), como “*toda recopilación que incluya obras, datos u otros elementos, separables unos de otros sin que el valor de su contenido resulte afectado, y que esté dotada de un método o sistema, sea de la naturaleza que sea, que permita localizar cada uno de sus*

⁵⁰ CDOs 45 a 51. STJUE, Sala Tercera, 22/12/2010, Asunto C-393/09, Caso BSA, se dejó a los tribunales nacionales decidir.

⁵¹ STJUE (Gran Sala), 4 /10/2011, Caso *Football Association Premier League* (Asuntos C-403/08 y C-429/08). No obstante, en sus apartados 101 y 102, el TJUE sobre la base del artículo 165 (1), párrafo segundo, TFUE reconoce que se permite a un Estado miembro proteger los encuentros deportivos por diferentes vías incluida la convencional en aplicación de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 202. 30/07/1997).

⁵² STJUE (Sala Tercera) 1/03/2012 Caso *Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10)

*elementos*⁵³. La originalidad afecta, por lo tanto, a la estructura de la Base de Datos no a sus posibles contenidos.

En el *Caso Football Dataco y otros*, el TJUE, refiriéndose a sentencias precedentes mantiene que el concepto de originalidad de la Base de Datos viene dado por el criterio de “*creación intelectual de su autor*” del artículo 3 (1) de la Directiva 96/9.

El Tribunal excluye expresamente de la apreciación de la originalidad de una Base de Datos los criterios de esfuerzo intelectual, de trabajo y pericia⁵⁴:

“El esfuerzo intelectual y la pericia destinados a la creación de esos datos no son pertinentes para apreciar si dicha base puede ser objeto de la protección conferida por ese derecho. – A tal efecto, resulta indiferente que la selección o la disposición de esos datos otorgue o no una relevancia especial a éstos. - El considerable trabajo y pericia exigidos por la configuración de dicha base no pueden, por sí mismos, justificar esa protección si no expresan ninguna originalidad en la selección o en la disposición de los datos que contiene”.

Ahora bien, aplicado el criterio armonizado de originalidad, al igual que lo resuelto en los casos precedentes, este criterio no se cumpliría, cuando la estructura de la Base de Datos viene dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa.

Superada esta verificación, el criterio aplicado a la Base de Datos, a su estructura, se cumple siguiendo con el test de la libre decisión cuando, “*mediante la selección o la disposición de los datos que contiene*” el autor “*expresa su capacidad creativa de manera original tomando elecciones libres y creativas e imprimiendo así su toque personal*”.

(b) Manual de Programación. Caso SAS

En el caso SAS (Asunto C-406/10)⁵⁵, el TJUE en su sentencia de 2 de mayo de 2012, resuelve una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de las Directivas de programas de ordenador y la Directiva infosoc.

El TJUE trata de la funcionalidad de un programa de ordenador excluyéndola de la forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250.

El TJUE considera que proteger la funcionalidad de un programa supondría “*ofrecer la posibilidad de monopolizar las ideas, en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial*”⁵⁶ y que, de conformidad con la Directiva 91/250, la

⁵³ STJUE (Gran Sala), 9/11/2004, *Caso Fixtures Marketing LTD* (Asunto C-444/02), en cuya sentencia se declara que un calendario de partidos de un campeonato de fútbol constituye una “base de datos” del artículo 182) de la Directiva 96/9.

⁵⁴ STJUE 01/03/2012, *Caso Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10) cit., nota 52.

⁵⁵ STJUE (Gran Sala) 02/05/2012, *Caso SAS* (Asunto C-406/10).

⁵⁶ Véase, CDO 40 a 46 de STJUE (Gran Sala) 02/05/2012, *Caso SAS* (Asunto C-406/10).

protección de los programas de ordenador mediante derechos de autor tiene como principal ventaja el hecho de que abarca tan sólo la expresión individual de la obra, ofreciendo por ende la flexibilidad suficiente para permitir a otros autores crear programas similares o incluso idénticos siempre que se abstengan de toda copia.

Sobre la base del caso *BSA*, el TJUE resuelve que la funcionalidad no constituye una forma de expresión de ese programa y por ello, carece de la protección del derecho de autor sobre los programas en el sentido de la Directiva.

Igualmente, el TJUE trata de los lenguajes de programación o los formatos de sus archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones excluyéndolos. El TJUE considera que no son una forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250 y como en el supuesto anterior, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de la Directiva 91/250. En definitiva, se trata de elementos del programa mediante los que los usuarios explotan algunas de sus funciones⁵⁷.

No obstante, esta afirmación para los lenguajes de programación o los formatos de archivos está sujeta a una precisión. Como en el caso *BSA*, su exclusión de la protección de la Directiva 91/250, no impide que el lenguaje de programación y los formatos de archivos puedan constituir una creación intelectual propia de su autor.

En este supuesto, al ser originales son obras de la Directiva 2001/29 y por lo tanto pueden disfrutar de la protección de los derechos de autor con arreglo a la citada Directiva infosoc.

Por último, el test de la libre elección está presente en el Caso *SAS* para la verificación de la impronta personal del autor en los manuales de utilización de los programas de ordenador.

En este caso, el TJUE resuelve que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que *“la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”*

⁵⁷ En el Caso *SAS*, no obstante el TJUE precisa en su CDO 43 *“En este contexto, cabe precisar que si un tercero obtuviera la parte del código fuente o del código objeto correspondiente al lenguaje de programación o al formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador y, sirviéndose de dicho código, creara elementos similares en su propio programa de ordenador, tal comportamiento podría constituir una reproducción parcial en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 91/250.”* cit, nota 55.

El TJUE aplicando el test de la libre elección, resuelve remitiéndose al caso *Infopaq*, que en estos manuales el autor expresa su espíritu creador de manera original a través de la elección, la disposición y la combinación de palabras, cifras o conceptos matemáticos. El resultado de estas decisiones libres es el manual de utilización del programa de ordenador, que constituye por ello, una creación intelectual.

En definitiva, como se puede apreciar de la normativa y jurisprudencia comunitaria se desprende la existencia de un concepto armonizado de originalidad que aplicado a las fotografías (Directiva 93/98 y 2006/116), éstas se consideran “originales” si son “creaciones - formas de expresar una idea - propias de su autor” por “reflejar su personalidad” siendo este reflejo de la personalidad verificado de conformidad con el criterio estándar del test de la libre elección establecido por el TJUE (Caso *Painer*).

2.2.3. Valor del criterio de originalidad de origen comunitario

De la expuesta normativa comunitaria y de su interpretación armonizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se desprende la existencia de un concepto armonizado de “originalidad” destinado a todas las obras comprendidas en la Directiva infosoc, en la Directiva de programas de ordenador, en la Directiva de Bases de Datos y en la Directiva duración para ser consideradas obras protegidas por el Derecho de autor.

La aplicación de este concepto y su criterio estándar de verificación debe ser realizada de forma uniforme en toda la Comunidad siguiendo la pauta marcada en el Caso *SENA* (asunto C-245/00) en la sentencia de 6 de febrero de 2003, por el TJUE, expresada en los siguientes términos:

“De las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate”⁵⁸

Esta misma valoración y aplicación uniforme de los conceptos armonizados en toda la Comunidad se reitera en sentencias posteriores del TJUE. En concreto, en el Caso *SGAE*, Asunto C-306/05, en su sentencia de 7 de diciembre de 2006 para la interpretación de comunicación pública del artículo 3 de la Directiva

⁵⁸ STJUE, (Sala Sexta), 6/02/2003, Caso *SENA*, (Asunto C-245/00) sobre el concepto de remuneración equitativa del artículo 8 (2) de la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor. CDO 22 y 23. Véase igualmente las sentencias citadas en el Caso *SENA*: sentencia de 18/01/1984, Caso *Ekro*, asunto 327/82, CDO. 107, apartado 11; sentencia 19/09/ 2000, caso *Linster*, Asunto C-287/98, Rec. p. I-6917, apartado 43, y sentencia 9 /11/ 2000, caso *Yiadom*, Asunto C-357/98, Rec. p. I-9265, apartado 26.

2001/29/CE⁵⁹ y en el Caso *TV2 Danmark*, Asunto C-510/10, en la sentencia de 26 de abril de 2012 para la interpretación de la expresión “*por sus propios medios*” de un organismo de radiodifusión del artículo 5 (2),(d) de la Directiva 2001/29/CE⁶⁰.

En definitiva, se trata de aplicar el concepto uniforme comunitario de “originalidad” en los ámbitos jurisdiccionales nacionales de la Comunidad con el fin de cumplir las finalidades perseguidas por el Derecho comunitario de armonización de los derechos de autor y de impedir las distorsiones de la competencia en el Mercado Interior.

2.3. Criterio normativo nacional de “originalidad” de las fotografías

Como ya se ha avanzado en las páginas precedentes, en el ámbito normativo nacional de la propiedad intelectual, es a partir de la Ley 22/1987 (LPI/1987) cuando se introduce por primera vez la distinción entre obras fotográficas y meras fotografías basada en la originalidad con importantes repercusiones en el período y alcance de la protección reconocida.

La LPI/1987 estipula en su artículo 10 (1) (h) que:

“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.”

Las fotografías que no reúnen el carácter de originales, la LPI/1987, en aplicación del artículo 128, las considera meras fotografías.⁶¹

La LPI/1987 no aporta criterio alguno que permita esclarecer el contenido de “originalidad” para la categoría de obra, en general, y para las obras fotográficas, en concreto.

Ahora bien, se puede afirmar que desde una perspectiva interna y, a tenor del ya expuesto desarrollo normativo unionista, esta situación de indefinición comienza a esclarecerse legalmente a través de la incorporación en el Derecho español, entre

⁵⁹ STJUE, (Sala Tercera), 7/12/2006, Caso SGAE, C-306/05, CDO31.

⁶⁰ STJUE, (Sala Tercera), 26/04/2012, Caso TV2Danmark, C-510/10 CDO33: “... de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme”

⁶¹ Art. 128 LPI/1987 “Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el libro 1, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años desde la realización de la fotografía”.

otras, de la Directiva comunitaria 91/250 a través de la Ley 16/1993⁶² y de la Directiva 93/98 a través de la Ley 25/1995⁶³.

Estas incorporaciones dan lugar a la redacción del Texto Refundido de la Ley de Propiedad de Propiedad intelectual 1/1996 (LPI1/1996)⁶⁴, a su vez, posteriormente modificado por otras nuevas leyes entre las que se encuentran la Ley 5/1998⁶⁵ y la Ley 23/2006⁶⁶ que incorporan respectivamente las Directiva 96/9 y Directiva 2001/29 (Directiva infosoc)⁶⁷.

La redacción del vigente artículo 10 (1) (h) de la LPI 1/1996 es el siguiente⁶⁸:

“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.”

Como se puede apreciar, el contenido del artículo 10 (1) de la LPI/1987 y el del Texto Refundido LPI 1/1996 se mantiene invariable y, ello, a pesar, de la incorporación de la nueva Ley 27/1995⁶⁹ sobre las fotografías que, de conformidad con la respectivas Directiva, incluía la definición de “originalidad” como “creación propia de su autor”.

La LPI 1/1996, tras la Ley 16/1993⁷⁰, incorpora en su artículo 96(2)⁷¹ el concepto unionista de originalidad en su vertiente positiva para los programas de

⁶² LEY 16/1993. de 23 de diciembre. de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE. de 14 de mayo de 1991. (BOE núm. 307, 24/12/1993) Sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

⁶³ LEY 27/1995 de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.(BOE. núm.245, 13/10/1995).

⁶⁴ BOE, núm.97. 12/04/1996.

⁶⁵ Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.(BOE, núm 57. 07/03/1998).

⁶⁶ Ley 23/2006, de 7 de julio por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.(BOE, núm.162,08/07/2006).

⁶⁷ Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, (DO L167, 22/06/2001) cit., nota 42.

⁶⁸ Algunas Audiencias Provinciales aplican el texto legal de la LPI 1/1996 con una redacción diferente a la vigente normativa nacional y unionista, véase en la SAP Girona (Sección 1), núm.223, 26/05/2011 (Ponente: Lacaba Sánchez, Fernando) (AC\2011\1330), SAP Islas Baleares (sección 5ª) núm. 265 /2011, 20 julio (JUR\2011\348577) Ponente: Oliver Barceló, Santiago. SAP Islas Baleares (sección 5ª) 30/07/2010 (la Ley 148255/2010) Ponente: Oliver Barceló, Santiago. En todas ellas se declara de forma reiterada en sus Fundamentos de Derecho TERCERO, que: *“Se considera OBRA, toda creación humana original que se exteriorice en una forma novedosa por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (art 10.1.LPI)”*.

⁶⁹ Artículo 6 (1). Los derechos de explotación de las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor; tendrán la duración prevista en el artículo 2 de la presente Ley.

⁷⁰ Artículo 1(3) 3. .El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original. en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

ordenador. Lo mismo sucede para las Bases de Datos cuyo concepto de originalidad, tras la Ley 5/1998, se refleja en el artículo 12 de la LPI 1/1996⁷².

Con respecto a las fotografías, pese la Ley 27/1995 de trasposición de la Directiva de duración, la LPI 1/1996 guarda un absoluto silencio, siendo aplicable el citado artículo 10 (1). Esta omisión en el Texto Refundido cabe analizarla como un improbable olvido o como una consideración de que el término “original” del art. 10 (1) de la LPI 1/1996 incluye o es sinónimo del criterio unionista de “*creación propia de su autor*” en el sentido de manifestación de la personalidad del autor. Esta interpretación, conlleva la aplicación de esta definición a la totalidad de las obras del artículo 10 (1) de la LPI 1/1996 entre las que se incluye las obras fotográficas. Interpretación, esta última, a la que nos adherimos por ser más acorde con la normativa de la Unión y su interpretación jurisprudencial comunitaria.

A la vista de los desarrollos legales internos, se puede concluir que, a nivel de legislación interna en lo que nos ocupa, el concepto de “originalidad” de la obra fotográfica en materia de Derechos de Autor está en armonía con la legislación de la Unión Europea cuyo cumplimiento es obligado a nivel nacional. Ahora bien, la situación es muy distinta en su aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales.

2.4. Criterio de “originalidad” de las fotografías del Tribunal Supremo español

El Tribunal Supremo español, salvo en contadas ocasiones y fuera del ámbito de las fotografías⁷³, dista mucho de aplicar el concepto comunitario y el criterio estándar de verificación del TJUE. El Tribunal Supremo, pese a la regulación comunitaria y su interpretación por el TJUE, sigue exigiendo a la originalidad dos de los criterios prohibidos por las Directivas: el criterio de mínima altura creativa y el de novedad provocando una distorsión dentro del mapa comunitario de armonización de los Derechos de Autor.

⁷¹ Art. 96(2) LPI1/1996, “El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”.

⁷² Art. 12 (1) LPI 1/1996, 1. “También son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos”.

⁷³ Fuera del ámbito de las fotografías, existen sentencias del Tribunal Supremo, sentencia de 30 de enero de 1996, aplicada a folletos de instrucciones para la explicación del uso y utilidad de mamparas [STS (Sala Civil) 30/01/1996, nº 34/1996 (Ponente: Almagro Nosete, José) (RJ1996\540)] y sentencia de 7 de junio de 1995 relativa a cuadernos pedagógicos para la práctica del cálculo o de la caligrafía de uso en parvularios [STS (Sala Civil) 07/06/1995, nº563/1995 (Ponente: Barcalá Trillo – Figuera, Alfonso) (RJ\1995\4628)] , que son más acordes con la normativa e interpretación comunitaria de la originalidad de la obra protegida. Así sucede en la segunda sentencia al hacer suyo el criterio de la Audiencia de originalidad y apreciarla sobre la forma de expresar los conocimientos no sobre el valor científico o artístico de los mismos y en la primera sentencia al proteger la forma de expresión de un folleto explicativo de montaje con independencia de su valor literario.

Ajustándonos a las fotografías, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse meses antes del Caso *Painer*, en su sentencia de 5 abril de 2011⁷⁴ en un caso que trata sobre fotografías realizadas de postres e ingredientes destinadas al diseño de envases o “*packaging*” realizadas por un fotógrafo profesional. Esta sentencia, en la apreciación de la “originalidad” se caracteriza por el mantenimiento del criterio del mérito para declarar a una fotografía obra protegida y la inaplicación del concepto armonizado comunitario de originalidad⁷⁵.

En la sentencia de 5 de abril de 2011, con una redacción redundante, el Alto Tribunal mediante el binomio creatividad / originalidad resuelve que las fotografías no son obra fotográfica protegida por no presentar una “mínima altura creativa”, “una suficiencia creativa”.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, pese a su afirmación de no conculcar el Derecho de la Unión Europea por su consideración de las meras fotografías, obvia la prohibición de la Directiva 1993/98 y tiene en consideración el criterio del mérito para calificar a la fotografía de obra protegida. Así, según sus propios términos: “*el reconocimiento como obra protegida exige una mínima altura creativa*”

Esta “creatividad” la define el Tribunal Supremo como “esfuerzo intelectual” identificado en la sentencia por la característica de “talento, inteligencia, ingenio” a la que considera equivalente a “personalidad”. Este esfuerzo intelectual, es según la sentencia de 5 de abril 2011, la que confiere a la obra su “singularidad” manifestada en los términos siguientes:

“La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual, -talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad que convierte a la fotografía en una creación artística o intelectual-“. “La singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa”.

⁷⁴ STS (Sala Primera, de lo Civil) 5/04/2011, (nº. 214/2011) (Ponente Corbal Fernandez, Jesús) la Ley 37938/2011. Sentencia de casación que reproduce los criterios de la SAP Barcelona, (Sección 15) 22/12/2006, núm.604/2006 (Ponente. Sancho Gargallo, Ignacio), (AC\2011\1653). La sentencia de la Audiencia apelando a la Directiva 93/98 interpreta como exigencia derivada de la misma para calificar a la fotografía de obra fotográfica, la reunión de una doble exigencia de “originalidad” y “suficiente altura creativa”. Igualmente en las fotografías para catalogo, Véase, SAP Madrid (S.28) 27/04/2012, nº 131/2012, Ponente. Gomez Sanchez, Pedro (AC\2012\979).

⁷⁵ Ahora bien, sobre el criterio de la novedad objetiva el mismo Ponente de la sentencia de 5 de abril de 2011, en su sentencia STS. (Sala Civil) 26/11/2003, núm 1125/2003 (Ponente, Corbal Fernandez, Jesús) (RJ\2003\8098) al determinar la originalidad y creatividad de una exposición descriptiva de edificios monumentales contenida en una guía turística, declara que “*No importa la idea, ni si los datos históricos reflejados eran conocidos o novedosos; lo relevante es la forma original de la expresión –exposición escrita-*“. El Tribunal reconoce la libertad del autor al ser evidente que los datos (descripción arquitectónica de la ciudad) se pueden comunicar de maneras diferentes aunque no alcancen dicha calidad expositiva o literaria. No obstante, el Tribunal en la sentencia prosigue con el criterio del mérito valorando la creatividad de la obra dado el alto valor, el nivel culto de la exposición.

El Tribunal Supremo, en su sentencia, utiliza el criterio del merito sustentado en su doctrina jurisprudencial formada por las sentencias de 29 de marzo de 1996⁷⁶, de 24 de junio de 2004⁷⁷ y de 26 de octubre de 1992⁷⁸.

(a) Reportaje fotográfico. Sentencia de 29 de marzo de 1996⁷⁹

La primera sentencia invocada como precedente es la sentencia de 29 de marzo de 1996. En esta sentencia de 29 de marzo de 1996, el Tribunal Supremo no dilucida sobre ningún derecho de autor. Este caso trata sobre la infracción de derechos fundamentales, en concreto de derechos de imagen debido a la utilización no autorizada de unas fotografías realizadas a una modelo profesional por un fotógrafo igualmente profesional.

Es de forma incidental que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo, se manifiesta sobre la fotografía exigiendo como criterio determinante para su posible protección el carácter “artístico”. Este carácter artístico es asimilado, en la sentencia, al mérito, a la altura intelectual expresada en los términos siguientes: *“Carácter artístico que los usos sociales y la ley sólo estiman concurrente cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia”*. El Tribunal Supremo estima que en los retratos fotográficos *“no confluye una labor de creación e ideación artística en el hacer del fotógrafo”*, al que describe como *“hacer meramente reproductor que fija por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura”*.

⁷⁶ STS. (Sala Civil) 29/03/1996, nº 234/1996 (Ponente Fernandez-Cid de Termes, Eduardo) (RJ\1996\2371).

⁷⁷ STS. (Sala Civil) 24/06/2004, nº 542/2004 (Ponente García Varela, Román) (RJ\2004\4318).

⁷⁸ STS. (Sala Civil) 26/10/1992, (Ponente, Pedro Gonzalez Poveda) (RJ\1992\8286). Aplicada igualmente en el FD3 de la STS (Sala Civil) 22/04/1998. núm 363/1998, (Ponente Morales Morales, Francisco) en un caso de guiones televisivos modificados por el director –realizador.

⁷⁹ STS. (Sala Civil) 29/03/1996, nº 234/1996 (Ponente Fernandez-Cid de Termes, Eduardo) (RJ\1996\2371). Véase, su aplicación en la SAP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm 236/2006 de 19/06/2006. Ponente Soler Pascual Luis Antonio. (AC\2006\1756) Fotografías de esculturas (Ecce Homo y de la Virgen de los Dolores): *“ya que no se aprecia en ellas ningún elemento diferenciador de las que cualquier fotógrafo no profesional pudiera hacer. La simple perfección técnica, de encuadre, luz, pose y contraste, no resulta en absoluto suficiente. Las fotografías son «planas», esto es, no aportan más que el retrato de unas figuras tal cual son, sin incorporar elemento alguno que las originalicen respecto de cualesquiera otras que de dichos rostros pudieran hacerse. En conclusión, pueden ser perfectas desde un punto de vista técnico– que no discutimos–, pero en absoluto poseen el plus de originalidad que las eleven a la categoría de artísticas en los términos del artículo 10-1 TRLPI.”* Igualmente, en la fotografías de modelos para catalogo de bañadores, SAP. Barcelona (S.15) 01/02/2005, nº 40/2005, Ponente. Forgas Folch, J.L. (JUR\2005\118772). Igualmente en Fotografías de mariposas, SAP. Barcelona (S.15) 20/12/2004, nº 546/2004, Ponente. Concepción Rodriguez, J.L. (JUR\2005\56468). Igualmente, en un conjunto fotográfico de las páginas de un antiguo Códice llamado el Libro de los Testamentos de la Catedral de Oviedo realizado por encargo de una editorial a un fotógrafo profesional, SAP (Sección 15) Barcelona, 21/11/2003, (Ponente, Garrido Espà, Luis), (JUR\2004\89197) FD 4. Igualmente, para las fotografías subacuáticas, SAP Barcelona (S.15), 10/09/2003, Ponente. Concepcion Rodriguez, J.L. (AC\2003\1894). Fotografías de lápidas para catalogo comercial ,SAP. Valencia (sección 9), 06/02/2006, Ponente Martorell Zulueta, P., nº35/2007 (AC\2007\1470) se exige el mérito (finalidad artística) y novedad; Fotografías de la naturaleza realizadas por encargo: SAP Valencia (sección 9), 19/12/2006. Ponente. Andres Cuenca, R.M., nº464/2006 (AC\2007\1007) se utiliza el criterio de novedad objetiva.

La utilización de esta sentencia como precedente cuanto menos sorprende. Como se puede apreciar en la sentencia de 29 de marzo de 1996, el Tribunal Supremo se apoya al fijar el carácter artístico como criterio de protección de las fotografías, en unos usos sociales desconocidos y en la ley. Con respecto a esta última, hay que subrayar que la ley existente al tiempo de la sentencia es la Ley 25/1995 de trasposición de la Directiva 93/98 en las que, como ya se ha expuesto en las páginas previas, los criterios de mérito y finalidad están ya expresamente prohibidos para declarar protegida por el derecho de autor una fotografía.

(b) Juego de la rifa. Sentencia de 24 de junio de 2004⁸⁰.

La segunda sentencia que sirve de precedente al criterio del mérito es la sentencia de 24 de junio de 2004. Esta sentencia trata de la reproducción no autorizada de las bases de un juego promocional de publicaciones. Para desestimar las pretensiones del titular, el Tribunal Supremo considera que no se está ante una obra protegida por el Derecho de autor al no reunir los dos criterios, estimados por el Tribunal, básicos para ello. Estos son los criterios del binomio originalidad/creatividad.

El Tribunal considera que originalidad es equivalente a novedad objetiva, en el sentido de constituir la creación algo nuevo que no existe previamente, expresado en los siguientes términos:

“para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador”

Junto al criterio de originalidad /novedad objetiva, en esta sentencia, el Alto Tribunal exige un criterio adicional, la creatividad asimilada al mérito, a la “relevancia mínima” aplicada a la idea de la finalidad perseguida por el juego: promocionar revistas. Esta idea es la que debe ofrecer “suficiente nivel” para dotarla de “caracteres de singularidad, individualidad y distinguibilidad”.

Como sucede con la anterior sentencia, desconcierta la utilización de esta sentencia de 24 de junio de 2004 como precedente de la sentencia de 5 de abril

⁸⁰ Véase, FD2 STS. (Sala Civil) 24/06/2004, nº 542/2004 (Ponente García Varela, Román). Esta sentencia anula lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11), 20/04/1998. (Ponente Almazan Lafuente, Felix) (AC\1998\4773). Véase, la influencia en SAP (Sección 1) León, 22/04/2010, nº 141/2010. Ponente, Del Ser Lopez, Ana) (AC\2010\418) FD 5. se trata de la originalidad de una adaptación del “juego de la oca” a una temática de la cultura jacobea en el que se habían incorporado fotografías realizadas por el actor durante sus viajes por el camino de Santiago. Si bien esta sentencia trata sobre el conjunto del juego con respecto a las fotografías específicamente desecha para la identificación de la originalidad el criterio unionista de “creación propia del autor por reflejar su personalidad” y opta por el criterio de la novedad objetiva “ya sea radicada en la concepción ya en la ejecución de la misma, o en ambas” al que añade el de relevancia mínima, que dota a la obra de una especificidad por la impresión que produce en el consumidor;

de 2011 para la exigencia de creatividad. Como se puede apreciar, en la sentencia de 24 de junio de 2004, el Alto Tribunal guarda un absoluto silencio sobre la normativa comunitaria (Directivas de programas de ordenador, de bases de datos, de duración y la Directiva infosoc⁸¹), y sobre el criterio armonizado comunitario de originalidad.

El Alto Tribunal en la sentencia de 24 de junio de 2004, sobre la base del artículo 10, 1 de la LPI 1/1996 y al amparo de una doctrina de autores, resuelve aplicando el concepto de novedad asimilándola en contra del concepto comunitario a la originalidad y el criterio adicional de mérito, de altura creativa o relevancia mínima expresamente excluido por la normativa comunitaria y por la posterior doctrina jurisprudencial del TJUE.

(c) Obras de joyería. Sentencia de 26 de Octubre de 1992

La tercera sentencia que sirve de precedente al criterio de mérito de la sentencia de 5 de abril de 2011 es la dictada por el Tribunal Supremo el 26 de octubre de 1992⁸² fuera del ámbito de la fotografías

En este caso, El Tribunal Supremo trata de determinar la existencia de originalidad en el ámbito de la obra plástica, en concreto, en unas piezas de joyería que representan manos y figuras humanas de reducido tamaño realizadas por un autor no identificado. En la sentencia de 26 de octubre de 1992, el Tribunal Supremo reúne bajo el requisito único de “originalidad”, dos niveles de apreciación de la misma:

Un primer nivel de apreciación en el que se utiliza el criterio de la “novedad objetiva” aplicado sobre el objeto de la obra y su forma de presentación. A este nivel, la novedad la aprecia el Alto Tribunal, en la idea misma, en el objeto de la obra:

“Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la «originalidad» como «novedad objetiva» puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original, no ya sólo porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería”

Dentro de este mismo nivel, el Alto Tribunal aprecia la novedad sobre la forma de presentación de la idea expresada en los términos siguientes:

⁸¹ Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, cit., nota 42.

⁸² STS. (Sala Civil) 26/10/1992, (Ponente, Gonzalez Poveda, Pedro) (RJ\1992\8286). Aplicada igualmente en el FD3 de la STS (Sala Civil) 22/04/1998. núm 363/1998, (Ponente Morales Morales, Francisco) en un caso de guiones televisivos modificados por el director –realizador. Sobre su influencia en Audiencias, véase, SAP (sección 1) Girona, 6/05/2011 nº 22372011, (Ponente Labaca Sanchez, Fernando) (AC\2011\1330) sobre el posible plagio de un libro, en su estructura y medidas así como en los textos y fotografías. Se aplica el criterio de novedad objetiva del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 2004 y el criterio de “cierto grado de altura creativa” de la sentencia de 26 de octubre de 1992;

“Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la «originalidad» como «novedad objetiva» puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original (...) porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, que limitan considerablemente la libertad del artista para su tratamiento, impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales (...) pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, so pena de llegar a establecer prácticamente un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos a favor de quien obtuviese la repetida protección”.

El segundo nivel de apreciación de la sentencia de 26 de octubre de 1992 es el de determinar el *“esfuerzo creativo del autor”*. Este nivel, denominado subjetivo por el Alto Tribunal, consiste en apreciar el *“reflejo de la personalidad del autor”* usando el criterio del merito del *“esfuerzo creativo del autor”*⁸³.

Como sucede con las anteriores sentencias que sirven de precedente, es igualmente sorprendente que en su sentencia de 5 de abril de 2011, el Alto Tribunal utilice esta sentencia que surge apoyada por un sector doctrinal influenciado por el criterio jurisprudencial alemán del caso *Inkassoprogramm* posteriormente abandonado por el propio BGH para adecuarse al criterio armonizado comunitario y silencie en su sentencia las sentencias previamente dictadas por el TJUE en el Caso *Infopaq*⁸⁴ y en el Caso *BSA*⁸⁵.

En definitiva, se puede apreciar que existe una falta de sintonía entre el criterio jurisprudencial comunitario y el nacional de originalidad de las fotografías que sería conveniente solucionar ya que hay que tener presente la finalidad perseguida con la armonización. Se trata de evitar distorsiones en el Mercado Interior que, como en este caso, pueden provocar importantes perjuicios económicos agudizados por el desarrollo de la Sociedad de la Información

Conclusiones

Para finalizar, de lo expuesto se desprende que de conformidad con la Ley española de Propiedad Intelectual, las fotografías cuyo autor haya fallecido antes del 7 de diciembre de 1987 o hayan sido realizadas antes de la LPI/1987 estarán en el dominio público una vez superados los ochenta años *post mortem*. Por el contrario, si las fotografías hubieran sido realizadas con posterioridad a la LPI/1987, su entrada en el dominio público a los setenta años *post mortem* o a los veinticinco años contados desde el 1 de enero del año siguiente a su realización o reproducción variará en función de su originalidad. Originalidad que si bien responde a un criterio comunitario armonizado tanto a nivel normativo como jurisprudencial, su implementación por el Tribunal Supremo todavía no se ha producido.

⁸³ Véase, FD Tercero. STS. (Sala de lo Civil) 26/10/1992, cit., nota 82

⁸⁴ STJUE 16/07/2009 cit.,pág.87

⁸⁵ STJUE 22/12/2010, cit.,pág.88



LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ETNOGRÁFICO EN ESPAÑA Y EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: ESPECIAL REFERENCIA AL PAÍS VASCO Y ANDALUCÍA

M^a Lourdes LABACA ZABALA^{1*}

RESUMEN: La protección del Patrimonio Etnográfico ha sido deficiente en nuestra legislación, tanto en el ámbito estatal como autonómico. Es por ello que, señalaremos la legislación promulgada en el ámbito nacional y autonómico, con especial referencia a dos Comunidades Autónomas, el País Vasco y Andalucía. Así también, en este artículo se pone de relieve la escasa jurisprudencia pronunciada por parte de nuestros Tribunales sobre Patrimonio Etnográfico.

ABSTRACT: This article is devoted to the legislation enacted at national and Autonomous Community level, with particular reference to the Basque Country and Andalusia related to the Ethnographic Heritage. This article, also, highlights the High Court decisions concerning Ethnographic Heritage in Spain

PALABRAS CLAVE: Patrimonio etnográfico, Comunidades Autónomas, País Vasco, Andalucía.

KEYWORDS: Ethnographic Heritage, Autonomous Communities, Basque Country, Andalusia.

SUMARIO: I.- LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ETNOGRÁFICO EN ESPAÑA. 1.- Iniciativas y actuaciones de interés sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial- Patrimonio etnográfico en España. II.- LA NORMATIVA AUTONÓMICA. 1.- Las

En caso de cita: LABACA ZABALA, M^a Lourdes. "La protección del Patrimonio Etnográfico en España y en las Comunidades Autónomas: Especial referencia al País Vasco y Andalucía, en *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 105 - 148 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹ * Profesora Agregada de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. marialourdes.labaca@ehu.es

Comunidades Autónomas del País Vasco y Andalucía. 1.1.- Comunidad Autónoma del País Vasco. 1.2.- Andalucía.

Introducción

Las Leyes de Patrimonio promulgadas a nivel estatal y autonómico deben adaptarse a la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO aprobada el año 2003 y que ha sido ratificada por nuestro país.

Teniendo en consideración que la Ley española es del año 1985, consideramos necesario señalar que resulta insuficiente para proteger el Patrimonio Etnográfico y vemos que es necesario adaptarla a las exigencias de la protección que se desprenden de la Convención de 2003.

Así también, las primeras Leyes Autonómicas adolecen de la misma deficiente protección del Patrimonio Etnológico. Haciéndose subsanado en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Andalucía, tras la entrada en vigor de la nueva Ley de 2007.

Es por ello que, consideramos fundamental destacar, en primer lugar, la protección que el Patrimonio Etnográfico tiene en la legislación estatal y autonómica. Seguidamente, ver los avances que se han recogido en la legislación promulgada recientemente a nivel autonómico, caso de Andalucía, así como el Anteproyecto de Ley vasca, para concluir con la posición que ha adoptado la Jurisprudencia en los escasos supuestos que se han planteado en el ámbito del Patrimonio Etnográfico del País Vasco y Andalucía.

I.- LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ETNOGRÁFICO EN ESPAÑA

Las manifestaciones culturales inmateriales entendidas como bienes patrimoniales- patrimonio etnográfico han sido reconocidas en los distintos ordenamientos jurídicos recientemente. En principio, el concepto tradicional de Patrimonio se restringía a las cuestiones monumentales.

Se produce un gran cambio en este ámbito a partir de 1974 cuando la Comisión Franceshini en Italia procede a incluir dentro del término bienes culturales una concepción amplia. Se constituyen nuevas teorías en el ámbito jurídico-técnico por parte de Gianini comenzando a constituirse un concepto amplio de bien cultural.

A partir de este momento se entenderá como bien cultural: *“Todo aquello que incorpora una referencia a la Historia de la Civilización forma parte del patrimonio histórico”*. Se incluirán por lo tanto en este concepto realidades humanas dignas de mención, patrimonio no físico, que hasta ese momento no había tenido cabida, salvo en la Declaración de Monumento en el año 1931 del Misterio de Elche (Alicante).

Esta nueva concepción tendrá su influencia en los distintos ordenamientos jurídicos que surgen, tanto en el ámbito nacional como internacional.

En España, el Preámbulo de la Constitución de 1978 declara la voluntad de la Nación española de proteger “....a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos Humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e Instituciones”. El desarrollo de este precepto se produce a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español que introduce el reconocimiento legal del patrimonio etnográfico².

Por su parte, el art. 149.1.28 de la Constitución de 1978 establece que es competencia exclusiva del Estado: “La defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las comunidades Autónomas”. Es por ello que, en base a las competencias exclusivas reservadas por el Estado, se promulga la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español³.

Se dispone en el Preámbulo de la Ley de 1985 que: “... A causa de la dispersión normativa que se había producido en España una vez aprobada la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico español⁴, Ley que mantendrá su vigencia durante más de 50 años, y como consecuencia de la dispersión normativa que se produjo durante este periodo, así como por la preocupación sobre esta materia de la Comunidad internacional y de sus organismos representativos, la cual ha generado nuevos criterios para la protección y enriquecimiento de los bienes históricos y culturales, que se han traducido en Convenciones y Recomendaciones, que España ha suscrito y observa, pero a las que su legislación interna no se ha adaptado, se vio la necesidad de proceder a la revisión legal, impuesta, así también, por la nueva distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, en relación a tales bienes, emana de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Es por ello que, la presente Ley es dictada, en consecuencia, en virtud de normas contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 149 de la Constitución, que para el legislador y la Administración estatal suponen tanto un mandato como un título competencial”⁵.

² MARTÍNEZ, L. P. “La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 7, junio 2011, pp. 123-150.

³ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español. Ver: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l16-1985.html. (25-05-2013).

⁴ Para más información sobre el tema, ver: BECERRA GARCÍA, J. M. “La legislación española sobre patrimonio histórico, Origen y Antecedentes. La Ley del Patrimonio Histórico Andaluz”, en *Actas de las V Jornadas sobre Historia de Marchena. El patrimonio y su conservación*, celebrados del día 6 al 9 de octubre de 1999, pp. 9-30. ver: <http://www.bibliotecaspublicas.es/marchena/revistas/133/revista.htm>. (25-05-2013). Destaca el autor que, La Ley de 13 de marzo de 1933 sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional, el Reglamento para la aplicación de la Ley del Tesoro Artístico Nacional (Decreto de 16 de abril de 1936) y la Constitución española de 1931, en la que se sanciona por primera vez en nuestro Derecho constitucional la protección del Patrimonio Histórico se constituyen en la legislación sobre Patrimonio Artístico de la II República. Se establecía en el art. 45 de la Constitución de 1931 que: “Toda riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el Tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguarda del Estado.... El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico e histórico”.

⁵ Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español.

Queremos destacar del Preámbulo de la Ley de 1985 que afirma que: *“... Esta Ley consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión, quedando comprendida en la misma los bienes... el patrimonio etnográfico, los museos, archivos y bibliotecas de Titularidad estatal, así como el Patrimonio documental y bibliográfico. Se busca, en suma, asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquélla como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico”*.

Continúa señalando que: *“La Ley establece distintos niveles de protección que se corresponden con distintas categorías legales..... La Ley dispone también las fórmulas necesarias para que esa valoración de bienes sea posible, pues la defensa del Patrimonio Histórico de un pueblo no debe realizarse exclusivamente a través de normas que prohíban determinadas acciones o limiten ciertos usos, sino a partir de disposiciones que estimulen a su conservación y, en consecuencia, permitan su disfrute y faciliten su acrecentamiento. Destaca que, el Patrimonio Histórico español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal..... Concluye afirmando que: “... Un Estado democrático debe poner al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilite el acceso a la cultura y que éste, en definitiva, es el camino seguro hacía la libertad de los pueblos”*.

Señala MARTÍNEZ que el art. 1.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español instituyó el interés etnográfico y el valor antropológico como atributos definitorios del carácter patrimonial de los bienes, pero restringe su aplicación a los de orden tangible, muebles e inmuebles, en coherencia con la tradición jurídica española y los motivos expuestos en el Preámbulo. Continúa el autor señalando que *“...así una parte importante de los elementos de la cultura material no protegibles anteriormente por carecer de interés histórico o artístico devienen así bienes jurídicamente tutelados”*⁶. Además, la Ley reconoció su entidad diferenciada, singularizándolo como *“patrimonio especial”* con el nombre de *“patrimonio etnográfico”* respecto de las restantes masas de bienes intangibles del Patrimonio Histórico español y consagrados en los artículos 46 y 47⁷.

El Título VI de la Ley de 1985 bajo el título *“Del patrimonio etnográfico”* dispone que:
 - Art. 46: *Forman parte del Patrimonio Histórico español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales.*

⁶ MARTÍNEZ. L. P. ob. cit. p. 125. Destaca el autor que, “Según se desprende del Preámbulo de la Ley del Patrimonio Histórico español, esta Ley consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión. En ella quedan comprendidas los bienes muebles e inmuebles que los constituyen, el patrimonio arqueológico y el etnográfico, los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, así como el patrimonio documental y bibliográfico. Busca, en suma, asegurar la protección y fomentar la cultura material debido a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquella como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico”.

⁷ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 125.

- Art. 47.1.- Son bienes inmuebles con carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los Títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónica utilizada tradicionalmente por las Comunidades o Grupos humanos.

2.- Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en el Título III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.

3.- Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de la protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizadas por una determinada Comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación de estos bienes.

Afirma BECERRA GARCÍA que la Ley de 1985 establece tres niveles de protección: a) los bienes de interés cultural, b) el inventario, c) el régimen de los llamados patrimonios especiales, dentro de los que señala: el Patrimonio arqueológico, el Patrimonio etnográfico, el Patrimonio documental y el Patrimonio bibliográfico⁸.

Una de las notas características del Patrimonio Etnográfico es su carácter vivo por expresarse mediante manifestaciones de orden inmaterial. Esta característica se desprende del art. 46 de la Ley española de 1985 que prefiguró con años de antelación la categoría de Patrimonio Inmaterial⁹. Pero estamos ante una noción folclorista del patrimonio¹⁰, arcaizante, ahistórica y esencialista, como acredita la reiterada mención a la tradición y a la transmisión consuetudinaria en la regulación de los bienes inmuebles (art. 47.1)¹¹, muebles (art. 47.2)¹² e intangibles del

⁸ BECERRA GARCÍA, J. M. "La legislación española sobre patrimonio histórico, Origen y Antecedentes. La Ley del Patrimonio Histórico Andaluz", en *Actas de las V Jornadas sobre Historia de Marchena. El patrimonio y su conservación*, celebrados del día 6 al 9 de octubre de 1999, pp. 9-30.

⁹ BARRERO RODRÍGUEZ, C. en *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. 1990, p. 238. Se configuró en la definición de patrimonio etnográfico en el art. 46 de la Ley de Propiedad Intelectual, "con años de antelación la categoría de patrimonio inmaterial, como ya advirtió Barrero Rodríguez".

¹⁰ En relación con la tensión existente entre las nociones folcloristas y antropológicas del Patrimonio Cultural Inmaterial, ver: MINGOTE CALDERÓN, J. L. "A propósito de la etnología que define al patrimonio etnográfico en la legislación española", en *Patrimonio cultural y Derecho*, nº 8-2004, pp. 75 a 115. PLATA GARCÍA F. y RIOJA LÓPEZ, C. "El efecto dominó en el patrimonio etnográfico", en CARRERA GARCÍA G. y DIETX G. Coordinadores, en *Patrimonio etnográfico: recreación de identidades y cuestiones de mercado*. pp. 179-213. GARCÍA GÓMEZ J. en *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, 2008, p. 472. VELASCO MAILLO, H. M. "El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor", en FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y PRIETO DE PEDRO, J. (Directores), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural, especial referencia a España*, 2009, pp. 35-70. PÉREZ GALÁN, B. "Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre la figura legales de protección", en *Revista de Antropología experimental*, nº 11, 2011, pp. 11-33.

¹¹ LPHE. Ley de Patrimonio Histórico español.

¹² LPHE.

Patrimonio Etnográfico (art. 47.3)¹³ y la propia alusión a la cultura tradicional del pueblo español que se consagra en el art. 46¹⁴.

En cuanto al “*sistema de protección*” y por lo que respecta a las medidas de tutela *directas* que la Ley dispone a favor de los conocimientos y actividades inmateriales del patrimonio etnográfico resultan poco satisfactorias¹⁵. Queremos resalta que la Ley “se aleja de la tradicional idea de conservar propia del Patrimonio Cultural Material y se centra en: Realizar inventarios de actualización regular; Crear órganos gestores competentes, como instituciones de documentación con facilidades de acceso al público; Fomentar el estudio científico y técnico; Crear o fortalecer las instituciones de formación en gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial, como pueden ser la educación y la sensibilización; y, Adoptar medidas para garantizar el acceso a la ciudadanía”¹⁶.

Destacar que el legislador español en la Ley de 1985 recoge exclusivamente los valores antropológicos y etnográficos como interés cualificado. La figura de sitio histórico, sólo permite proteger *indirectamente* una fracción muy limitada de los elementos que pueden integrar el Patrimonio Cultural, las tradiciones populares, vinculadas a un lugar o paraje natural. Por lo que podemos concluir que, “respecto al régimen específico y las medidas de tutela directa que la Ley dispone a favor de los conocimientos y actividades inmateriales del Patrimonio Etnográfico, resultan poco satisfactorias, además, que los bienes intangibles del Patrimonio Etnográfico no disfruten de tutela jurídica sino meramente administrativa, al no formar parte de la definición legal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español del art. 1.2¹⁷, y que los mecanismos de tutela administrativa previstos en el art. 47.3 de la Ley de 1985 cuya prescripción se circunscribe a los bienes intangibles amenazados de extinción, resulta muy pobre, limitándose a la práctica del estudio y la documentación de las manifestaciones culturales en cuestión”¹⁸.

Por todo ello podemos concluir señalando que en definitiva el legislador restringió la protección del Patrimonio Etnográfico a través de vías indirectas mediante la protección jurídica del sustrato material asociado¹⁹. Destacar que la noción de Patrimonio Etnográfico que se desprende de la Ley de 1985 resulta limitada en relación al sentido amplio de Patrimonio Inmaterial que se contiene en la Convención de 2003 de la UNESCO²⁰.

¹³ LPHE.

¹⁴ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126.

¹⁵ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

¹⁶ Plan Nacional de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, octubre 2011.

¹⁷ ALONSO IBÁÑEZ, M. del R. en *El patrimonio histórico, Destino público y valor cultural*, 1992, p. 140.

¹⁸ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

¹⁹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

²⁰ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126. Para cuestiones del Patrimonio Cultural Inmaterial, ver: PÉREZ GALÁN, B. “Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre las figuras legales de protección”, en *Revista de Antropología Experimental*, Número 11, 2011, pp. 11-30. PLATA GARCÍA, F. y RIOJA LÓPEZ, C. “El efecto dominó en el patrimonio etnográfico”, en CARRERA GARCÍA, G y DIETZ, G., Coordinadores., *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 181-195. AGUSO TORRICO, J. “Patrimonio etnográfico: recreación de identidades y cuestiones de mercado”, ob. cit, pp. 197-213”, VELASCO MAILLO, M. “El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor”, en C. R. FERNÁNDEZ LIESA H. M. Dirs. *La protección jurídico*

1.- Iniciativas y actuaciones de interés sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial- Patrimonio etnográfico en España:

El concepto de Patrimonio cultura es dinámico y refleja los cambios sociales, políticos y económicos de las sociedades que lo producen. Por su parte, el concepto de Patrimonio inmaterial-etnográfico contribuye a una visión plural del patrimonio cultural, extendiendo los colectivos sociales representados.

El Convenio de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial –octubre de 2003, París y que entró en vigor el día 25 de abril de 2006- ratificado por España el día 25 de octubre de 2006, define el Patrimonio inmaterial *“reconociendo la importancia que reviste este patrimonio, crisol de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible”*, cuestión que ya se había señalado en otros documentos internacionales, como por ejemplo, la Recomendación de la UNESCO sobre la salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular de 1989, o la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural o la Declaración de Estambul de 2002.

La novedad sobre este concepto de Patrimonio Inmaterial-Etnográfico radica en que con él se recalcan los procesos vivos y las acciones que los producen por encima de los objetos producidos, o que actúan como referentes simbólicos para una Comunidad, pero se tiene en cuenta la relación siempre presente entre lo material y lo inmaterial. Además, se enfatiza en la necesidad de reconocimiento, no sólo por los especialistas de las diferentes disciplinas, sino, por los propios colectivos sociales protagonistas, como parte de su identidad y como auto-referencia, así como la transmisión de generación en generación y la continuidad, frente al valor de autenticidad relativo a otros patrimonios²¹.

Con el fin de salvaguardar a nivel estatal el Patrimonio Inmaterial-Etnográfico se debería realizar por parte del Estado Español, como Estado Parte del Convenio²², distintas actuaciones:

- *Adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguarda del Patrimonio Cultura Inmaterial existente en su territorio.*
- *Entre las medidas de salvaguarda señaladas en el art. 2.3, debería identificar y definir los distintos elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial presentes en su*

internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España, Constitución y Leyes S. A., Madrid, 2009, pp. 35-70; GARCÍA GÓMEZ, J. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008, p. 472; MINGOTE CALDERÓN, J. L. “A propósito de la terminología que define al ‘patrimonio etnográfico en la legislación española’”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Número 8, 2004, pp. 75-115; MONCUSÍ FERRÉ, A. “El patrimonio etnográfico”, HERNÁNDEZ G. M. y SANTAMARIA CAMPOS, B. MONCUSÍ FERRÉ A, ALBERT RODRIGO, M, en *La memoria construida. Patrimonio cultural y modernidad*, Valencia 2005, pp. 225-260.

²¹ CARRERA, G. “Iniciativas para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial en el contexto de la Convención UNESCO 2003: una propuesta desde Andalucía”, en Ministerio de Cultura, Patrimonio Cultural en España, O, *El patrimonio Inmaterial a Debate*, Madrid, 2009, pp. 179-200. De la misma autora, “Atlas del Patrimonio Inmaterial Andalúz. Puntos de partida, objetivos y criterios técnicos y metodológicos”, en *Boletín del Instituto Andalúz del Patrimonio Histórico*, nº 71, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2009 pp. 18-40.

²² Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco de 2003. Ver. <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>. (22-05-2013).

territorio, con la participación de las Comunidades, los Grupos y las Organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Destacar que, entre las medidas de salvaguarda más importantes que se contienen en la Convención tenemos, la identificación, conocimiento, investigación, colaboración y capacitación técnica e institucional (art. 12 y 13)²³, educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades, (art. 14)²⁴ y participación de las Comunidades, Grupos e Individuos (art. 15)²⁵.

En España las legislaciones autonómicas que se han ido promulgando han sido anteriores a la Convención de la UNESCO de 2003, por lo que han incluido la mayoría de ellas el Patrimonio Inmaterial bajo el título de Patrimonio etnográfico o etnológico, destacándose los valores relacionados con la tradición y la identidad.

Como consecuencia de todo ello, las políticas culturales relacionadas con la protección del Patrimonio Cultural impera una *“visión monumental, singular, estética e historicista del patrimonio y una concepción de protección adaptada a estos valores”*. La protección se sigue relacionando con la idea de *“custodia, mantenimiento y conservación perenne de estos objetos que deben transmitirse intactos a las nuevas generaciones”*. Por ello, no es suficiente con que se cambie el concepto de patrimonio, es necesario que cambie también las medidas y actuaciones que se ejercen sobre los elementos culturales patrimonializados y los actores que intervienen en los procesos relacionados con ellos²⁶.

Por ello, la mayor parte de las actuaciones realizadas por parte de las Comunidades Autónomas se han desarrollado dentro de los siguientes ámbitos: identificación, conocimiento, investigación y valorización del Patrimonio Inmaterial-Etnográfico. Sería necesario que se avanzara en otras líneas como la capacitación técnica e institucional con el fin de garantizar la salvaguarda de este Patrimonio Cultural en cada una de las Comunidades Autónomas.

Los diferentes conceptos de patrimonio inmaterial que han utilizado los legisladores autonómicos en buena medida determinan las características de los regímenes de tutela aplicados por las Leyes autonómicas. La práctica totalidad de las normas autonómicas regulas los bienes patrimoniales intangibles dentro de la ordenación específica del patrimonio etnográfico o etnológico con patrimonio especial, siguiendo el modelo establecido por parte de la Ley de Patrimonio Histórico español. Esta cuestión se manifiesta como consecuencia de la hegemonía de la identificación del patrimonio inmaterial con el etnopatrimonio, y la inadecuación de las técnicas habitualmente empleadas en la construcción de los regímenes generales de los bienes protegidos, originalmente pensadas para la tutela de los bienes muebles e inmuebles²⁷.

²³ Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco de 2003. Ver. <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>. (22-05-2013).

²⁴ Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco de 2003. Ver. <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>. (22-05-2013).

²⁵ Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco de 2003. Ver. <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>. (22-05-2013).

²⁶ CARRERA, G. ob. cit. 2009, pp. 18-40.

²⁷ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 136. Para ver las medidas positivas de tutela adoptadas por parte de las Comunidades Autónomas, ver, del mismo autor, página 136 y ss.

II.- NORMATIVA AUTONÓMICA:

La normativa autonómica española en materia de Patrimonio Cultural Inmaterial- Patrimonio etnográfico se ha desarrollado a partir de la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico-Artístico español²⁸.

Debemos tener en consideración que, en base a lo que se establece en las Disposiciones Generales de la Ley 16/1985, art. 1.2, *“Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico,..... Etnográfico...”*. Así también, y tal y como se dispone en el art. 2.1²⁹ existen otros poderes públicos a los que corresponde determinadas competencias en éste ámbito, a pesar de lo cual, la Administración del Estado, teniendo en consideración lo que disponen los artículos 44, 46, 149.1.1 y 149.2 de la Constitución, *“... debe garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento, fomento y tutela del acceso de los ciudadanos a los bienes comprendidos en él”*. Por otra parte, se afirma en el art. 6 que son Organismos competentes para la ejecución de lo que se establece en la presente Ley: *“Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico”*. Y finalmente, y en base a lo que se contiene en el art. 7, *“Los Ayuntamientos cooperarán con los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción”*³⁰.

Teniendo en consideración lo que se establece en el Preámbulo de la Ley 16/1985, se promulga la citada Ley con el fin de adecuar la nueva distribución de competencias en relación con el Patrimonio Histórico entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se contiene en la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

En el ejercicio del derecho que se contiene en algunos Estatutos de Autonomía se han promulgados distintas Leyes autonómicas sobre patrimonio cultural-etnográfico en el que se han incluido los proyectos e iniciativas que se van a desarrollar en el ámbito de patrimonio cultural inmaterial-etnográfico.

Se presentaron distintos Recursos de Inconstitucionalidad, concretamente los números 830-847-850 y 858/85, por parte del Consejos Ejecutivos de la Generalidad

²⁸ BOE de 29 de junio de 1985.

²⁹ Art. 2. 1 de la Ley 1/1985: *“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](#), [149.1.1](#) 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, 28 de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación”*.

³⁰ Y además, *“Es competencia de los Ayuntamientos la de Notificar a la Administración competente cualquier amenaza, daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de estos bienes. Ejercerán asimismo las demás funciones que tengan expresamente atribuidas en virtud de esta Ley”*.

de Cataluña, la Junta de Galicia, el Gobierno Vasco y el Parlamento de Cataluña contra la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico español. El Tribunal Constitucional en su sentencia 17/1991, de 31 de enero de 1991³¹ resolvió los citados recursos ampliando muy notablemente las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Cultural, limitando las competencias del Estado sólo en relación con las cuestiones que se refieren a materia de expolio y exportaciones de bienes del Patrimonio Histórico. De esta forma, la legislación estatal, Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico de España, adquirió por ejemplo en Andalucía el carácter supletorio a lo no regulado por la legislación de la Comunidad Autónoma³².

En cada Comunidad Autónoma se han presentado iniciativas que deben ser impulsadas por parte de las distintas administraciones públicas autonómicas competentes, así como por las instituciones, asociaciones, fundaciones y organismos que deben procurar la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial-etnográfico en su territorio.

Los legisladores autonómicos iniciaron a principios de la década de los años 90 la tarea de incrementar la tutela y mejorar la protección que debían recibir los bienes intangibles-inmateriales-etnográficos en las definiciones jurídicas de patrimonio que desarrollaron en las distintas leyes autonómicas.

Se encontraron en un momento inicial de desarrollo, y su recepción generalizada no tendría lugar hasta el cambio de milenio, cuando la reflexión crítica acerca del fracaso de la Recomendación de 1989 activó el Programa de la Proclamación de las Obras Maestras y los trabajos previos a la Convención de 2003³³.

Un aspecto a mejorar por el legislador autonómico en relación con la Ley del Patrimonio Histórico Español fue el de la "incorporación de los bienes inmateriales-etnográficos a la definición jurídica de patrimonio, en pie de igualdad con los bienes tangibles, muebles e inmuebles"³⁴.

Así la Ley 7/1990, de 3 de julio del Patrimonio Cultural Vasco³⁵, La Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía³⁶, la Ley 12/1998, de 21 de diciembre,

³¹ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1991-5257>. (25-05-2013). Se resuelve en la citada Sentencia del TC que: 1.º Declarar que el art. 2.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico, no es inconstitucional, interpretado con el sentido y alcance previsto en el fundamento jurídico 6.º 2.º Declarar que los arts. 9.1, sexta; 9.2; párrafo final del 9.5, y Disposición Transitoria primera, no son contrarios a la Constitución, interpretados como resulta del fundamento jurídico 10. 3º Declarar que el párrafo 5º del art. 49 no es inconstitucional, interpretado en los términos de fundamento jurídico 11. 4º Desestimar, en todo lo restante, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra los demás preceptos de la Ley citada.

³² BECERRA GARCÍA, J. M. "La legislación española sobre patrimonio histórico, Origen y Antecedentes. La Ley del Patrimonio Histórico Andalúz", en *Actas de las V Jornadas sobre Historia de Marchena. El patrimonio y su conservación*, celebrados del día 6 al 9 de octubre de 1999, pp. 9-30.

³³ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 128.

³⁴ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 128.

³⁵ Art. 2.1 dispone: "Integran el patrimonio cultural todos aquellos bienes de interés culturales por su valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social, y que por tanto son merecedores de protección y defensa".

³⁶ Art. 2.1. señala: "El Patrimonio Histórico Andalúz se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto se encuentra en Andalucía y revelen un interés

del Patrimonio Histórico de las Illes Balears³⁷ resolviendo la cuestión mediante el recurso a definiciones unitarias y holísticas del patrimonio, comprensivas de la totalidad de los bienes culturales, sin distinción entre tangibles e intangibles, y calificados por la posesión de valores o intereses patrimoniales³⁸.

Otras Leyes autonómicas incluyeron los bienes Patrimoniales Inmateriales-Etnográficos en la definición general de patrimonio, como la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio cultural Catalán³⁹, aunque en un párrafo aparte en relación con los que contenían los bienes tangibles. Estos bienes inmateriales considerados patrimonio cultural catalán se describen mediante una relación no exhaustiva de elementos y con remisión expresa a la definición de cultura popular y tradicional de la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de Fomento y Protección de la Cultura Popular y Tradicional y de Asociacionismo Cultural, norma que define la “cultura tradicional y popular” como “*el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectiva de Cataluña, tanto pasadas como presentes (art. 2.1)*”⁴⁰ aportando una relación de elementos integrantes más amplia en el art. 2.2”.

La Ley de Patrimonio Cultural de Galicia, Ley 8/1995, de 30 de octubre,⁴¹ incluyó los bienes intangibles en una “definición unitaria de Patrimonio cultural que distingue las tres dimensiones de los bienes que lo integran –muebles, inmuebles e inmaterial- y se apoya en el análisis de intereses o valores patrimoniales para determinar su calificación patrimonial”⁴². El modelo gallego “amplia el universo de bienes jurídicamente protegibles con pleno rigor sistemático, sin perder precisión analítica ni ambición holística y en perfecta consonancia con la tradición jurídica y científica del patrimonio”⁴³.

artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, documental, bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Andaluza”.

³⁷ Art. 1.2 afirma: “El patrimonio histórico de las Illes Balears se integra de todos los bienes y valores de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, que revelan un interés histórico.... Etnográfico....

³⁸ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. pp. 128-129.

³⁹ Art. 1.2. dispone: “El conjunto cultural catalán está integrado por todos los bienes muebles o inmuebles relacionados con la historia y la cultura de Cataluña que por su valor histórico, artístico... etnográfico.... merecen una protección y una defensa especial, de manera que puedan ser disfrutados por los ciudadanos y puedan ser transmitidos en las mejores condiciones a las futuras generaciones. También forman parte del patrimonio cultural catalán los bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional y las particularidades..., de acuerdo con la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de fomento y protección de la cultura popular y tradicional y del asociacionismo cultural”.

⁴⁰ Art. 2.1. establece: “A efectos de la presente Ley, se entiende por cultura popular tradicional el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectiva de Cataluña. 2- La cultura popular y tradicional incluye todo cuanto se refiere al conjunto de manifestaciones culturales, tanto materiales como inmateriales, como son las fiestas y las costumbres, la música y los instrumentos, los bailes y las representaciones, las tradiciones festivas, las creaciones literarias, las técnicas y los oficios y todas aquellas manifestaciones que tiene carácter popular y tradicional, como también las actividades tendentes a difundirlas por todo el territorio y a todos los ciudadanos”.

⁴¹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ga-l8-1995.html. (25-05-2013).

⁴² Art. 1.1 señala: “El patrimonio cultural de Galicia está constituido por todos los bienes materiales e inmateriales que, por su reconocido valor propio, hayan de ser considerados de interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega a través del tiempo. Integran el patrimonio cultural de Galicia los bienes muebles, inmuebles e inmateriales de interés artísticos,.... etnográfico.....”.

⁴³ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 129.

Las Leyes que han seguido el sistema gallego son: la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés⁴⁴, la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura⁴⁵, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Andalucía⁴⁶. Por su parte, han seguido el modelo catalán, la Ley 4/1998, de 11 de junio del Patrimonio Cultural Valenciano⁴⁷, la Ley 10/1998, de 8 de julio de Patrimonio Histórico de Madrid⁴⁸, la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias⁴⁹, la Ley 12/2002, de 11 de julio, del Patrimonio Cultural de Castilla y León⁵⁰, la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja⁵¹, y la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra⁵².

Por su parte, la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria⁵³, la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias⁵⁴, la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁵⁵ constituyen variantes propias, holístico-analítica (Cantabria) y analítica-descriptiva las de Asturias y Murcia⁵⁶.

1.- Las Comunidades Autónomas del País Vasco y Andalucía:

Procedemos a la profundización de dos Comunidades Autónomas, al ser la primera de ellas el territorio en el que reside la autora y la segunda por entender que estamos ante una de las Leyes que ha sido desarrollada de forma más completa en cuanto a la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial, al menos, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía⁵⁷.

1.1.- Comunidad Autónoma del País Vasco

El Patrimonio Cultural Vasco es la principal expresión de la identidad del pueblo vasco y el más importante testigo de la contribución histórica de este pueblo a la cultura universal⁵⁸. Este Patrimonio Cultural es propiedad del pueblo vasco. La protección, defensa y enriquecimiento del citado Patrimonio, cualquiera que sea su

⁴⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ar-l3-1999.html. (25-05-2013).

⁴⁵ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ex-l2-1999.html. (25-05-2013).

⁴⁶ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-l14-2007.html. (25-05-2013).

⁴⁷ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/va-l4-1998.html. (25-05-2013).

⁴⁸ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ma-l10-1998.html. (25-05-2013).

⁴⁹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ic-l4-1999.html. (25-05-2013).

⁵⁰ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/cl-l12-2002.t6.html. (25-05-2013).

⁵¹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/lr-l7-2004.html. (25-05-2013).

⁵² http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-l14-2005.html. (25-05-2013).

⁵³ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ct-l11-1998.html. (25-05-2013).

⁵⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/as-l1-2001.html. (25-05-2013).

⁵⁵ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/mu-l4-2007.html. (25-05-2013).

⁵⁶ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. pp. 130-131. Para ver el patrimonio inmaterial y su relación con el patrimonio etnopatrimonio en las Leyes autonómicas, ver del autor, pp. 131 y ss. Así también, BECERRA GARCÍA, J. M. "La legislación española sobre patrimonio histórico, Origen y Antecedentes. La Ley del Patrimonio Histórico Andaluz", ob. cit. pp. 18 y ss.

⁵⁷ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-l14-2007.html. (25-05-2013).

⁵⁸ Señala la Exposición de Motivos de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco.

régimen jurídico y su titularidad, es uno de los principios ordenadores de la actuación de los poderes públicos⁵⁹.

El Estatuto de Autonomía del País Vasco⁶⁰ reconoce como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, la cultura, el patrimonio histórico y los archivos, bibliotecas y museos, salvo los de titularidad estatal⁶¹. Por su parte, la Ley de Territorios Históricos atribuye a las Instituciones Forales de cada uno de los territorios, competencias de desarrollo legislativo y de ejecución⁶², en materia de conservación, restauración, mejora, y, en su caso, excavación del Patrimonio histórico-artístico, monumental y arqueológico, y competencias exclusivas sobre archivos, bibliotecas y museos de su titularidad⁶³.

La Ley del Patrimonio Cultural Vasco⁶⁴ dispone que *tiene por objeto la defensa, enriquecimiento y protección, así como la difusión y fomento del patrimonio cultural vasco, de acuerdo con la competencia exclusiva atribuida a la Comunidad Autónoma por el artículo 10, puntos 17, 19 y 20 del Estatuto de Autonomía*⁶⁵. *El ámbito de aplicación de la presente Ley es el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco*⁶⁶. *Integran dicho patrimonio cultural todos aquellos bienes de interés cultural por su valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social, y que por tanto son merecedores de protección y defensa*⁶⁷. Estos bienes

⁵⁹ Exposición de Motivos de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco.

⁶⁰ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, art. 10: Son competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma del País Vasco: apartados 19 y 20: art. 10.19: *“Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, asumiendo la Comunidad Autónoma el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación”*. Art. 10.20. *“Archivos, Bibliotecas y Museos que no sean de titularidad estatal”*.

⁶¹ Que se han reservado por parte de la Constitución de 1978 de forma exclusiva como competencia estatal, tal y como hemos señalado anteriormente en el art. 149.1.28.

⁶² Art. 7-b)-12 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de las Comunidades Autónomas y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos. Art. 7-b): *“Corresponde a los Territorios Históricos el desarrollo y la ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes en las siguientes materias”*.

⁶³ Art. 7-b)-5 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de las Comunidades Autónomas y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos. Art. 7-a): *“Los órganos forales de los Territorios Históricos tienen competencias exclusivas, que ejercerán de acuerdo con el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos, en las siguientes materias”*. Apartado 5º: *“Conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Histórico Artístico Monumental y Arqueológico”*.

⁶⁴ En adelante, LPCV.

⁶⁵ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco. Artículo 10- apartados 17), 19) y 20). del Estatuto de Autonomía del País Vasco: Son competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma del País Vasco: apartados 17, 19 y 20: art. 10.17: *“Cultura, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2 de la Constitución”*. Art. 10.19: *“Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, asumiendo la Comunidad Autónoma el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación”*. Art. 10.20. *“Archivos, Bibliotecas y Museos que no sean de titularidad estatal”*.

⁶⁶ Art. 1 de la LPCV.

⁶⁷ Art. 2.1 de la LPCV. Considera BECERRA GARCÍA, J. M. *“La legislación española sobre patrimonio histórico, Origen y Antecedentes. La Ley del Patrimonio Histórico Andaluz”*, ob. cit. p. 21 y ss que: *“... Se considera que el patrimonio etnológico será el que acoja aquellas manifestaciones más directamente vinculadas, en el imaginario colectivo pero también en las teorizaciones epistemológicas, con la cultura/patrimonio intangible: rituales, fiestas, lengua, tradiciones orales, oficios y actividades, música, canciones populares, además de costumbres, comportamientos, etc.*

*pueden ser calificados e inventariados, clasificándolos en alguna de las categorías siguientes.... c) Espacios culturales, actividades, tradiciones o acontecimientos del pasado vinculados a las forma relevantes de la expresión de la cultura y modos de vida del pueblo*⁶⁸. Finalmente se afirma que, son competentes a efectos de la presente Ley: a) el Gobierno Vasco, b) Las Diputaciones Forales⁶⁹, y, c) Los Ayuntamientos⁷⁰. En relación con éstos últimos, se señala que la misión que se encomienda es “realzar y dar a conocer el valor cultural de los bienes integrantes del patrimonio histórico del pueblo vasco que radiquen en su entorno municipal, correspondiéndoles también, adoptar en caso de urgencia, las medidas cautelares necesarias para salvaguardar los bienes cuyo interés se encuentra amenazado, todo ello sin perjuicio de las funciones que específicamente se les encomienda mediante esta Ley”⁷¹.

Los fines principales de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco son: el diseño de una política para la defensa, la protección, difusión y fomento del Patrimonio cultural, así como para el desarrollo de una infraestructura de archivos, bibliotecas y museos, al ser éstos los principales centros depositarios del Patrimonio Cultural Vasco⁷². Destacándose también que el deber de los poderes públicos es velar por la integridad del Patrimonio Cultural Vasco y, al mismo tiempo, reconocer la acción pública de los ciudadanos para actuar en defensa de dicho Patrimonio⁷³.

La Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco, en su Capítulo V contiene referencias expresas al Patrimonio Etnográfico Vasco, en sus arts. 51 a 54. Art. 51: *Se considera patrimonio etnográfico al conjunto de bienes materiales e inmateriales en que se manifiesta la cultura tradicional del País Vasco.*

Art. 52: *Los bienes materiales de carácter etnográfico se regirán por el régimen general dispuesto en la presente Ley.*

Art. 53: *Los bienes etnográficos inmateriales, como usos, costumbres, creaciones, comportamientos, que trascienden de los restos materiales en que puedan manifestarse, serán salvaguardados por la Administración competente según esta Ley, promoviendo para*

Así lo expresa de forma bastante meridiana la Ley del Patrimonio Cultural Vasco, cuando expresa que habrán de salvaguardar –los bienes etnográficos inmateriales, como usos, costumbres, creaciones, comportamientos, que trascienden de los restos materiales en que puedan manifestarse- o la Ley de Galicia que indica en el mismo sentido que los bienes inmateriales –Tienen valor etnográfico y gozarán de protección aquellos conocimientos, actividades, prácticas, saberes y cualesquiera otras expresiones que procedan de modelos, técnicas, funciones y creencias propias de la vida tradicional gallega-“.

⁶⁸ Art. 2.2 de la LPCV.

⁶⁹ Según se establece en el art. 20.2 y 3 de la LPCV, corresponde a las Diputaciones Forales velar por el Patrimonio Cultural Vasco.

⁷⁰ Art. 4 de la LPCV: Se afirma que: “Las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco colaborarán estrechamente entre sí en el ejercicio de sus funciones y competencias para la defensa del patrimonio cultural, mediante relaciones recíprocas de plena comunicación, cooperación y asistencia mutua”.

⁷¹ Art. 3 de la LPCV: “Los poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones y competencias, velarán en todo caso por la integridad del patrimonio cultural vasco y fomentarán su protección y enriquecimiento y difusión, actuando con la eficacia necesaria para asegurar a las generaciones presentes y futuras la posibilidad de su conocimiento, comprensión y disfrute”. “Cualquier persona estará legitimada para actuar en defensa del patrimonio cultural ante las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco y/o tribunales competentes exigiendo el cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley”.

⁷² Exposición de Motivos de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio cultural vasco.

⁷³ Exposición de Motivos de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio cultural vasco.

ello su investigación y la recogida exhaustiva de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las generaciones futuras.

Art. 54: Reglamentariamente se establecerán las medidas de fomento, subvenciones y ayudas necesarias a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 52 y 53.

El País Vasco cuenta con distintos Organismos como son: el Observatorio Vasco de la Cultura⁷⁴ y la Comisión de Patrimonio Etnográfico entre otros, a través de los que desarrollan la investigación, divulgación, protección y puesta en valor del Patrimonio Etnográfico Vasco. Estos organismos se circunscriben en distintos Departamentos del Gobierno Vasco, las tres Diputaciones Forales y los Ayuntamientos.

Se han realizado estudios previos por parte de estos Organismos con el fin de investigar, divulgar, proteger y poner en valor el Patrimonio Etnográfico vasco en relación con las siguientes cuestiones:

- *Determinar las competencias administrativas que corresponden a cada una de las administraciones públicas, Gobierno Vasco, Diputaciones y Ayuntamientos.*
- *Concretar el desarrollo de las competencias, la financiación de las actividades y el presupuesto que corresponde a cada ejercicio.*
- *Contratar el personal especializado para desarrollare estas labores.*
- *Desarrollar organismos organizativos.*
- *Elaborar programas a implementar.*
- *Concretar el desarrollo de proyectos de investigación.*
- *Publicar en revistas, libros, anuarios y colecciones la labor desarrollada.*
- *Promover actividades y subvenciones.*
- *Concretar las relaciones de coordinación que son necesarias entre las distintas Instituciones.*

Dentro de los Organismos que se han creado para desarrollar las competencias que le son propias al Gobierno Vasco se ha creado el Centro de Patrimonio Cultural Vasco⁷⁵ en el que se puede apreciar que el Patrimonio Cultural Etnográfico ocupa un lugar marginal. Así también, se ha creado la Dirección de Patrimonio Cultural, dependiente del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura⁷⁶.

⁷⁴ Observatorio Vasco de la Cultura: Ver: http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r46-19123/es/contenidos/informacion/keb_behatokia/es_behatoki/aurkezpena.html. (25-05-2013). Orden de 11 de junio de 2009, de la Consejera de Cultura, por la que se regula el Observatorio Vasco de la Cultura: Ver: http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r46-19123/es/contenidos/informacion/keb_behatokia/es_behatoki/adjuntos/orden.pdf. (25-05-2013). Entre sus funciones está: art. 3: Los ámbitos o áreas de intervención del Observatorio serán: a) "Patrimonio cultural (... Etnográfico...)". Memoria Anual de 2012 del Observatorio Vasco de la Cultura: Ver: http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r46-19123/es/contenidos/informacion/keb_memoriak/es_plan_mem/adjuntos/memoria_2012.pdf. (25-05-2013).

⁷⁵ Centro del Patrimonio Cultural Vasco: Ver: <http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r46-20515/es/>. (25-05-2013).

⁷⁶ Dirección de Patrimonio Cultural: Le corresponden las siguientes funciones: El ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 8 del Decreto 45/2011 en los ámbitos relacionados con la defensa, enriquecimiento, protección, difusión y fomento del Patrimonio Cultural Vasco, en los términos establecidos en la Ley 7/1990, de 3 de julio, y en las disposiciones que se dicten en su desarrollo. El Decreto 45/2011, de 22 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Cultura. (BOPV de 25 de marzo de 2011). Ver

Se han iniciado un número importante de proyectos de restauración del Patrimonio etnográfico o puesta en valor del Patrimonio cultural rural que han sido financiados por parte de la Consejería de Agricultura, Pesca y Turismo. Por su parte, las Diputaciones Forales han implementado distintos proyectos en el ámbito local y rural. También la Consejería de Cultura del Gobierno Vasco ha sufragado actividades culturales relacionadas con el patrimonio etnográfico y rural que se ha convocado anualmente con ayudas económicas que se han dirigido a la divulgación del trabajo desarrollado. Asimismo, los Departamentos de Cultura de las tres Diputaciones Forales han organizado y sufragado actividades relacionadas con el Patrimonio etnográfico en sus respectivos territorios.

Destacar que, tanto las Diputaciones Forales como los Ayuntamientos del País Vasco gozan de autonomía presupuestas y competencias, lo que ha permitido que se hayan desarrollado actividades, normativas y ayudas que en ocasiones se contradicen o crean ambivalencias y confusión, cuando no fomentan la duplicidad de infraestructuras culturales relacionadas con el Patrimonio Etnográfico.

El País Vasco además, cuenta en Estrasburgo, dentro del Consejo de Europa, con un Departamento de Patrimonio Cultural Europeo⁷⁷, desde donde se promueven acciones culturales entre los distintos países y regiones europeas. Entre las acciones que promueve están aquellas que guardan relación con el Patrimonio Etnográfico de las distintas culturas de los pueblos europeos.

El Consejo Vasco de Cultura del Gobierno Vasco publicó un Informe el año 2005 sintético sobre la “*Aproximación a un inventario de Patrimonio Etnográfico Vasco*” que puede ser consultado⁷⁸. Se destaca que el objetivo del estudio que se contiene en el mismo “es ofrecer referentes que permitan orientar los pasos a seguir en la preparación del inventario del Patrimonio Etnográfico”, y en concreto:

- *Distribuir responsabilidades entre las distintas administraciones competentes,*
- *Destaca la necesidad de crear entidades y/o personal encargado de esta labor y su integración en los organigramas de las administraciones.*
- *Crear relaciones con agentes externos en tareas de asistencia técnica, tanto a nivel individual como de organismos.*
- *Replantearse las potencialidades de la actual Ley 7/1990 del Patrimonio Cultural Vasco en el desarrollo de la protección del patrimonio Etnográfico.*
- *Establecer líneas prioritarias de actuación a la hora de elaborar el inventarios, por criterios clasificadores: bienes muebles, inmuebles, inmateriales, portadores de tradición, temáticos (oficios, rituales folklore, religiosidad, actividades productivas, ocupación del espacio, dialectos, hablas...) o territoriales (por provincias, comarcas o ámbitos urbanos, costeros, rurales).*

http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r46-516/es/contenidos/organo/1532/es_4561/ondarea.html. (25-05-2013).

⁷⁷ Patrimonio Cultural Europeo: Ver:

http://europa.eu/legislation_summaries/audiovisual_and_media/am0001_es.htm.(12-02-2013).

⁷⁸ Ver.

http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r4619123/es/contenidos/informacion/keb_publicaciones_mono_cult/es_publicac/pub_5.html. (12-02-2013).

Se toma como base de partida las ponencias e informes preliminares al Plan Vasco de la Cultura, a las que se añadan los nuevos marcos jurídicos de las Comunidades Autónomas que pretenden garantizar la documentación, salvaguarda y difusión de ese patrimonio, y su efectividad práctica.

Se han tomado como referentes dos Comunidades Autónomas con formas diferentes de enfrentarse a la tarea de realizar el inventario del Patrimonio Etnográfico. Se trata de una metodología que se sustenta en un análisis documental y de casos y se ha mantenido contacto oral y escrito con distintas entidades: Archivo sonoro, audiovisual y textual de Navarra, el Centro Etnográfico de Cataluña, el Departamento de Etnología del Museo de Prehistoria y de las Culturas de Valencia, la Dirección de Patrimonio Cultural de la Diputación de Barcelona, el Museo Etnográfico de Navarra Julio Caro Baroja, el Museo del Pueblo de Asturias y el Servicio de Etnología del Departamento de Cultura de la Generalitat de Valencia.

Este estudio Etnográfico parte de la definición de Patrimonio Etnográfico resultante del Informe realizado por la Comisión de expertos previo al Plan Vasco de la Cultura en el que se establecía que: *“El Patrimonio no se extiende a todos los hechos y sujetos que resultan de interés para la etnografía. Éste, como patrimonio que es, debe incluir un componente añadido de historicidad/durabilidad que es el que legitima (por decantación de valores) su tutela. Sin embargo no es sinónimo de pasado, en el sentido que incorpora el pasado a través de la realidad viva. En su materialidad o soporte en que se manifiestan estas expresiones culturales pueden subdividirse en materiales e inmateriales, o bien en Patrimonio mueble, inmueble e inmaterial”*.

Destaca que el estudio Etnográfico *“parte de una realidad viva y en constante cambio, nunca acaba, por lo que hay que tener en cuenta dos grandes métodos de investigación vasco en materia de estudios, la vertiente etnográfica y la vertiente antropológica”*.

En relación con la consideración de un bien y su entorno se señala que, de cara a realizar un inventario Etnográfico de bienes inmuebles, el criterio arquitectónico puede ser un buen punto de partida, siempre y cuando se tenga en cuenta que el valor no es intrínsecamente arquitectónico, sino el de ejemplo de una actividad de valor etnográfico. En muchas ocasiones el valor etnográfico reside en gran medida en todo un conjunto de elementos que por separado podrían incluso no tener sentido. Por tanto, la aplicación de un criterio etnográfico debería tener en cuenta no sólo el abarcar visualmente el elemento protegido, sino el contextualizarlo en el espacio donde se halla, de hecho, el conjunto puede ser todo un paisaje.

Cuanto más amplio es el concepto y el espacio, más complejo es definir qué se incluye y que no, por dos razones: a- a mayor apertura espacial y conceptual, mayor dificultad de delimitación práctica y jurídica. b- por una cuestión de principio: ¿Por qué se declara un lugar de interés etnográfico, y no otro espacio de similares características?

Cuando se trata de proteger ese patrimonio heterogéneo, se corre el riesgo de priorizar aquellos elementos o “lugares de interés” por su rentabilidad, en detrimento

de elementos tal vez más valiosos desde un punto de vista “científico”, pero menos “comercial”.

En el listado actual del Parque de Bienes Culturales Inmuebles que recoge el conjunto de los bienes existentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco, existen más de 14.000 elementos, de los que 8.600 son bienes arquitectónicos (4.600 de protección general y 4.000 de ámbito municipal), el resto son de carácter arqueológico.

En relación con el Patrimonio Cultural mueble, los museos cumplen la función de inventariado y protección. En Vizcaya se encuentran en el Museo Vasco de Bilbao, en Álava en los museos locales y en Guipúzcoa es el Museo de San Telmo el que posee una importante colección de bienes muebles. Destacar que la Diputación de Guipúzcoa está llevando a cabo durante las dos últimas décadas una política de adquisición de bienes etnográficos muebles y cuenta con colecciones importantes de alfarería o herrería, así como, con un importante patrimonio marítimo que desarrolla a través del Museo Naval.

El Patrimonio Cultural Inmaterial no ha sido impulsado de forma sistemática ni se le ha aplicado un régimen específico de protección, pero sí se han llevado a cabo experiencias interesantes como por ejemplo, el Calendario de fiestas y danzas tradicionales del País Vasco, el Atlas etnográfico de Vasconia o Herri-Musikaren Txokoa, en éste último se recoge el patrimonio musical tradicional vasco.

El estudio no hace referencia expresa al término “portadores de tradición” o términos similares que recojan este concepto en el panorama de las legislaciones de las Comunidades Autónomas. Destacar que estos portadores de tradición son el soporte del patrimonio inmaterial, el soporte más rico y el más vulnerable. Esto se evidencia en los “oficios y actividades tradicionales” que desaparecen porque ya no cumplen la función económica, mientras que los ritos comunitarios, algunos de ellos en desuso, se están recuperando, incluso extendiendo a ámbitos urbanos, sirva de ejemplo Olentzero o Santa Águeda.

La sociedad de Ciencias Aranzadi realizó un informe sobre la situación actual de los oficios tradicionales, señalando que de los 240 oficios rurales, pesqueros y urbanos recogidos, casi la mitad han desaparecido durante la segunda mitad del Siglo XX o están en proceso de desaparición. En ocasiones, la posibilidad de obtener información directa de los protagonistas de estos oficios es muy difícil como consecuencia de la edad avanzada y éste es un proceso que se irá agravando a medida que pase el tiempo.

En el País Vasco la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial es casi nula en la práctica, sobre todo porque no se explicita, a quién se encargará de su documentación, conservación, difusión, a los museos, a las universidades, a los centros de estudio o a la propia administración directamente. Esta ausencia o deficiente protección del Patrimonio Cultural Inmaterial es consecuencia de la falta de interés social, la dificultad de su definición, la escasez de medios técnicos para recogerlo y gestionarlo, por todo ello, podemos concluir afirmando que a pesar de que se ha avanzado algo en los últimos años, sigue sin resolverse la cuestión de aplicar medidas de protección para su salvaguarda.

Han existido dos grandes líneas de trabajo de campo aplicados al Patrimonio Etnográfico, la línea que sigue la metodología de Barandiarán y la que surge desde la antropología de ámbito universitario, estas dos líneas rara vez confluyen en estudios o actividades comunes.

Se han publicado distintas monografías sobre: *“La alimentación doméstica en Vasconia”*, 1990, reeditada el año 1999; *“Los juegos y canciones infantiles”* en 1993; *“Los Ritos funerarios en Vasconia”* de 1995, *“Ritos del nacimiento al matrimonio”* de 2001, *“Ganadería y pastoreo”*, 2001, *“Medicina popular”*, 2004.

El año 2003 se publicó un Informe sobre Patrimonio Etnográfico realizado en base a las reuniones del grupo de trabajo de Patrimonio Etnográfico del Plan Vasco de la Cultura⁷⁹ en el que se destacaban:

a) Los *“riesgos”* que corre el Patrimonio Etnográfico tanto el inmueble como el oral y escrito de solaparse con otros ámbitos patrimoniales y/o culturales (patrimonio arqueológico, la artesanía...) si no se delimita convenientemente su ámbito de actuación y se articulan disposiciones legales de protección, así como la situación actual de estancamiento de los museos etnográficos vascos.

Se debe mencionar la inquietud que existe entre los expertos en relación con la recogida y documentación del saber o patrimonio cognitivo etnográfico (tradiciones orales, etc) que se encuentra amenazado ante la desaparición progresiva de las personas portadoras de dichos conocimientos.

b) Dentro de las *“fortalezas”* se señalan: 1- Abundancia y alta calidad comparativa del patrimonio etnográfico vasco en el ámbito europeo. 2- La sensibilización social que existe en el País Vasco con respecto a las señas de identidad, la cultura popular, el patrimonio etnográfico que es cada vez mayor y puede configurar una base de futuro. 3- Búsqueda de ámbitos, elementos y aspectos identitarios de base cultural, histórica y antropológica, tanto a nivel municipal, como de organizaciones socioculturales, etc. 4- Revalorización sociocultural y turística de grandes centros urbanos. 5- Posibilidad para la investigación y profundización en las vías de investigación ya abiertas por los diferentes especialistas en el ámbito rural, marítimo, pesquero y urbano. 6.- Se dispone de importantes bases antropológicas realizadas por estudiosos vascos como Telesforo de Aranzadi, José Miguel de Barandiarán y Julio Caro Baroja que han impulsado innumerables estudios y trabajos antropológicos, además de metodologías pioneras en la recogida de información sobre el terreno. 7- Cada vez son más las ayudas económicas de la Consejería de Cultura y los Departamentos del Gobierno Vasco (Agricultura y Pesca y Turismo) y las Diputaciones para la divulgación del Patrimonio Cultural Vasco que financian actividades relacionadas con el Patrimonio etnográfico.

c) Podemos destacar también como *“debilidades”* que: 1- A pesar de haberse creado durante los últimos años museos locales, éstos no disponen de salas de restauración, catalogación, investigación, personal especializado... 2- La Ley de

⁷⁹ Ver texto íntegro en:

http://www.kultura.ejgv.euskadi.net/r46-5773/es/contenidos/informacion/pv_patr_etnografico/es_6601/adjuntos/Grupos_patri_etnografico.pdf (24-02-2013).

Patrimonio Vasco no contempla las referencias al Patrimonio Etnográfico con detalle, por lo que su consideración legal es muy deficiente. 3- Se está produciendo una destrucción acelerada de un patrimonio poco valorado socialmente por medio de los planes urbanísticos e inmobiliarios y el trazado de las vías de comunicación. 4- Se están adoptando políticas de protección diferentes en cada Territorio Histórico, desequilibrio a nivel nacional, metodologías individualizadas, criterios heterogéneos. Por ello, podemos señalar que existe una falta de coordinación y planificación homogénea que implica desconsideración hacia el ahorro de energías y esfuerzos imposibilitando la mejora de la eficacia de la calidad. 5- La protección de los rasgos culturales diferenciales de cada territorio se ha producido por sectores y ámbitos diferenciados, no se ha realizado de forma integral teniendo en cuenta cada territorio conjuntamente. 6- Los técnicos de la administración han considerado el Patrimonio Etnológico y Etnográfico como patrimonios menores. 7- La administración posee una perspectiva del Patrimonio Etnográfico orientado al punto de vista urbanístico monumental. 8- La conservación y restauración del patrimonio mueble etnográfico no es prioritaria en los programas de patrimonio y cuando se ocupan de ello lo hacen desde un punto de vista artístico, arqueológico, industrial, es decir, se ocupan sólo de su aspecto morfológico, desvirtuando el objeto y despojándolo de las características por las que y para las que fue creado. 9- A nivel social, desconocimiento cultural de la disciplina etnológica y/o etnográfica que conduce a la falta de concienciación social y poca sensibilización hacia el Patrimonio cultural etnográfico y antropológico, lo que hace que se considere que estamos en presencia de bienes que son de segundo o tercer orden de la cultura tradicional popular. 10- Ausencia de inventarios y catálogos del Patrimonio mueble y escasos en el inmueble. 11- Desconocimiento del volumen y calidad del Patrimonio Etnográfico vasco.

d) Entre las “amenazas” que señala el Informe podemos destacar: 1- Extinción biológica de los portadores de tradiciones e irreversibilidad del marco de investigación (muerte de informantes, destrucción del patrimonio, etc). 2- Retroceso de la cultura tradicional, desaparición de la industria y asentamiento de una cultura mediática a nivel internacional, que relega el interés de este tipo de Patrimonio al ámbito turístico regional (agroturismo, espacios naturales, eco-museos o como un elemento de carácter lúdico). 3- Tendencia a desglosar de la etnografía aquellos aspectos que en un momento dado pueden tener gancho social en la vertebración del patrimonio mueble. 4- Los centros de referencia internacional que custodian el patrimonio mueble etnográfico en Europa se encuentran en entredicho (cierres de museos, fusiones, replanteamiento, cambio de figura).

e) Las “oportunidades” que se presentan en el Informe son: 1- Aprovechar el Departamento de Patrimonio Cultural Europeo del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo para promover el Patrimonio Etnográfico Vasco, ya que una de sus tareas principales es el promover acciones culturales comunes entre los distintos países y regiones europeas. 2- Las localidades pequeñas muestran su interés en: conocer su historia, restaurar el Patrimonio Cultural Etnográfico de la localidad, dotar a este patrimonio de un uso funcional de acuerdo a las expectativas sociales y económicas que genera la sociedad. 3- Impulsar el Patrimonio Etnográfico a través del turismo verde, adquiriendo con ello la cultura un valor económico cada vez mayor. El turismo verde ha hecho que los rasgos culturales y formas de comportamiento de cada lugar y los conocimientos etnográficos hayan adquirido una

importancia que no tenían. 4- Extendido consenso internacional, no cualificado, sobre el valor etnográfico de lo vasco, que permite aprovecharlo como recurso cultural, económico y de desarrollo. 5- Última oportunidad de utilizar el Patrimonio Etnográfico como elemento de integración cultural e intergeneracional, aprovechando el creciente interés social por la recuperación de la memoria histórica y cultural. 6- La conciencia social puede llevar como consecuencia una importante participación por parte de los agentes privados y pequeños propietarios en el logro de un proyecto común de puesta en valor del Patrimonio Etnográfico vasco. 7- Aumento lento pero progresivo de personas con formación universitaria en Gestión del Patrimonio, futuros profesionales de la gestión patrimonial. 8- La etnología es, la disciplina que más puede aportar en la creación de una identidad colectiva nacional porque recoge de manera plural e integradora sus raíces y su pasado pero también se erige en el marco para el debate de problemáticas actuales y multiformes como la paz, el sentido de pertenencia, la marginalidad, el urbanismo, la diglosia lingüística etc. 9- El patrimonio etnográfico es objeto de tratamiento e investigación desde la antropología, etnomuseología, etc. Desde la antropología social es fundamental una búsqueda de vías de revalorización social incluyendo la perspectiva económica como base de funcionamiento.

f) De las *“líneas de actuación”* que se contienen en el Informe podemos destacar: 1- “Políticas, coordinación e iniciativas públicas”, promoviendo desde las Diputaciones Forales una línea presupuestaria y de gestión específica para la tutela del Patrimonio Etnográfico, que incluya ayudas para la investigación, la recuperación y la valorización del mismo. Es necesario también, fomentar la colaboración y coordinación institucional con Iparralde y Navarra y sus museos. 2.- “Potenciación de recursos” (formación, empleo, cooperación, etc), valorar la titulación de antropología social, junto con el certificado de estudios de postgrado en “gestión de patrimonio etnográfico”, como requisito para trabajar en las administraciones públicas en cuestiones de éste ámbito. Organizar a través de Convenios suscritos por el Centro de Investigación Etnológica con las universidades, cursos de postgrado especializados en la gestión del Patrimonio Etnográfico. 3- “Entidades, Organismos tractores y Sector Empresarial”, Poner en marcha un Museo Vasco de antropología que esté formado por una red de museos locales y metropolitanos integrados en un organismo común. Crear, dentro del Centro Etnográfico Vasco, un Observatorio Etnográfico Vasco que sirva de referencia a la población en general. Este Observatorio se encargaría de coordinar las actuaciones y las consultas relativas al Patrimonio Etnográfico, remitiendo a los interesados hacia las administraciones competentes en cada caso concreto. 4- “Criterios de producto y relación con elementos transversales”, como el euskera, cultura, turismo...). 5- “Aspectos de cadena de valor y gestión”, a- Promover desde la universidad, las asociaciones científicas y los museos especializados la labor de investigación, documentación, análisis, interpretación y publicación del Patrimonio Etnográfico. b- Utilizar TICs como herramientas para la difusión del Patrimonio Etnográfico, aplicando también a la conservación de materiales etnográficos custodiados en Archivos particulares y públicos y puesta a disposición del público a través de la red. c- Promover de forma urgente la protección del Patrimonio Etnográfico que corre el peligro de pérdida cada vez más rápida de información a causa de la destrucción de los materiales y porque los poseedores de testimonios, conocimientos que forman parte del Patrimonio Etnográfico van desapareciendo. d- Realizar acciones dirigidas a la Conservación y Restauración del Patrimonio Etnográfico. e- Puesta en valor y

difusión del Patrimonio Etnográfico para lo que es necesario documentar y dar a conocer las experiencias y proyectos locales de restauración etnográfica nacidos de la iniciativa pública o privada, para dotar a dicho patrimonio de un uso funcional de acuerdo con las expectativas sociales y económicas actuales. f- Elaborar monografías etnográficas con los resultados obtenidos de la investigación y catalogación etnográfica, en formato escrito, gráfico, sonoro, así como en forma de películas etnográficas. g- Organizar un simposio sobre el estado del Patrimonio Etnográfico y su tratamiento en las administraciones públicas españolas, europeas y norteamericanas, de modo que las conclusiones que se obtengan puedan articular el marco de actuación a seguir en el País Vasco. h- Mejorar el modelo de Gestión del Patrimonio, y, i- Dinamizar el consumo cultural e internacionalización del Patrimonio.

g) Para concluir, el Informe destaca una serie de “*Líneas de actuación prioritarias*” entre las que destaca: 1- Promover un inventario previo del Patrimonio Etnográfico que permita localizar y garantizar de forma cautelar su tutela legal, abordando a través de métodos científicos e interdisciplinarios y que incorpore criterios de valoración explícitos y contrastables. 2- Elaborar un Plan Estratégico para el sector Etnográfico que permita potenciar el sector desde las administraciones públicas. 3- Crear un Centro Etnográfico Vasco con el objetivo de inventariar y catalogar el Patrimonio Etnográfico vasco del que se dispone, llevar a cabo el acopio de nuevos materiales, divulgar sus resultados y promover la investigación a través de ayudas, programas, etc. 4- Sería interesante que el Gobierno Vasco fuese pionero en una legislación detallada en torno al Patrimonio Etnográfico, siendo así modelo y guía para otros territorios. Con un respaldo legal, la Etnografía tendrá una mayor consideración tanto en las Instituciones como en la Sociedad Vasca, como ocurre ya con la Arqueología. 5- Promover y avanzar en la coordinación interinstitucional dentro de la Comunidad Autónoma Vasca y con otras comunidades y la diáspora.

En el Anexo que se contiene en el Informe se concreta la “*definición*” del término Patrimonio Etnográfico que fue acordado por parte del Grupo de trabajo de Patrimonio Etnográfico del País Vasco de la Cultura.

En cuanto a la extensión del Término Patrimonio Etnográfico se afirma que: “Incluye todas las expresiones culturales de una Comunidad. Expresa la identidad cultural y social de una Comunidad, sus normas y valores”. En su “materialidad” o soporte en que se manifiestan estas expresiones culturales pueden subdividirse en materiales, inmateriales, o bien en patrimonio inmueble, mueble e inmaterial.

La etnografía se ocupa de las sociedades actuales, pero el Patrimonio Etnográfico no se extiende a todos los hechos y sujetos que resultan de interés para la etnografía. Éste, como patrimonio que es, debe de incluir un componente añadido de historicidad/durabilidad que es el que legitima (por decantación de valores) su tutela. Sin embargo no es sinónimo de pasado, sino de perduración y continuidad, en el sentido de que incorpora el pasado a través de la realidad viva.

Destaca el grupo de trabajo como “Áreas temáticas y necesidades de intervención” distintas áreas que las agrupa en dos: 1- La cultura material del pasado-heredada, y, 2- La cultural inmaterial heredada y (viva).

Dentro del primer grupo, “*cultura material*” incluye: 1- los espacios, paisaje humanizado, usos históricos del suelo,... 2- los edificios: arquitectura doméstica, productiva, religiosa, comercial.. 3- los objetos: muebles, útiles, herramientas, artefactos simbólicos o funcionales, relaciones entre los objetos y los modos de vida. 4- las formas de vida, de trabajo y de uso de/en los anteriores, agricultura, pastoreo, pesca, oficios, industria, prácticas religiosas o políticas. Considera que las actuaciones que deben llevarse a cabo en todos estos ámbitos son: promover un inventario, la documentación, la colección, la recuperación, la valorización, la difusión, la musealización o la supervivencia actual.

En cuanto a la “*cultura inmaterial heredada y viva*”, destaca principalmente las siguientes: 1- Las costumbres: los saberes, los modos de hacer, los valores. 2- Las actividades pragmáticas: la alimentación, el vestuario, las técnicas y los oficios. Conjunto de conocimientos y experiencias adquiridas que poseen los portadores. 3- Los hechos expresivos o simbólicos, actividades vivas (rituales) de interés etnográfico: la lengua, la fiesta, la danza, el juego, la música, paraliterarias (el cuento, la leyenda la canción, el mito...), la competición popular, la religiosidad tradicional... Las actuaciones previstas en este ámbito van a promover la investigación y documentación, apoyar su correcta recuperación o la supervivencia actual, así como, favorecer y orientar su difusión.

Dentro de los Proyectos y Actividades impulsados por Fundaciones, Asociaciones y otras Entidades competentes en materia de Patrimonio Cultural Inmaterial podemos destacar:

1- El Atlas etnográfico de Vasconia: Promovido por parte del Seminario Alavés de Etnografía en colaboración con los grupos Etniker de Euskal Herria. El proyecto consiste en la recolección sistemática de información etnográfica mediante un cuestionario que elaboró José Miguel de Barandiarán y publicó la Diputación Foral de Álava el año 1976 bajo el título “Guía para una encuesta etnográfica”.

- Varios encuestadores han participado en la recolección de datos etnográficos en los pueblos de Álava.

- La colección que expone las investigaciones de los grupos Etniker, abarca los siguientes ámbitos temáticos. 1- Alimentación doméstica (1990), 2- Juegos infantiles (1993), Ritos funerarios (1995), Ritos del nacimiento al matrimonio (1998) y Ganadería y pastoreo (2002).

2- Atlas etnográfico de Euskal Herria: En el marco del fomento de la lengua Vasca, el Instituto Labayru Ikastegia ha promovido el citado Atlas. Se trata de una recopilación de canciones, leyendas, cuentos y elementos del folclore oral vasco.

3- Atlas Etnolingüístico de Euskal Herria: A través del Convenio firmado con la Diputación Foral de Guipúzcoa, la Sociedad de Ciencia Aranzadi para la Conservación, Investigación y Divulgación del Patrimonio, a través de su departamento de Etnografía se encarga desde el año 1984 de realizar las labores pertinentes al Patrimonio etnográfico de Guipúzcoa. También se ha realizado el Proyecto de toponimia de Guipúzcoa y el Inventario Cartográfico de Guipúzcoa por parte de la Sociedad de Ciencias Aranzadi y el Departamento de Etnografía.

4- El Museo de etnomusicología Herria Musikaren Txokoa, es un centro de documentación y lugar de encuentro en torno a la música popular. Su misión es dar a conocer todo lo relacionado con la música y los instrumentos populares, así como a su difusión, promoción e investigación. Este centro de documentación se pone en marcha a partir del acuerdo firmado entre el Ayuntamiento de Oyarzún y Juan Mari Beltrán Argiñena el año 1996.

El fondo documental recopilado por el Sr. Argiñena a lo largo de muchos años está compuesto por una colección de instrumentos, una fonoteca de la música popular, vocal e instrumental, y un archivo de imágenes.

Se ha presentado el Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural del País Vasco⁸⁰ y en su Exposición de Motivos se dispone, en relación con el Patrimonio Inmaterial que: *“... en la normativa precedente quedaba referido de forma sucinta en el patrimonio etnológico. La nueva normativa parte de los criterios marcados por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que señala que durante los últimos años, el patrimonio inmaterial ha adquirido un verdadero reconocimiento mundial y su salvaguarda se ha convertido en una de las prioridades de la cooperación internacional”*.

En el art. 4º se contiene el Patrimonio Cultural Vasco Inmaterial y se señala que: *“A efectos de la Ley se considerará Patrimonio Cultural Vasco Inmaterial: los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes, que se reconozcan como parte integrante de la cultura vasca”*.

En cuanto a los Niveles de Protección, se afirma que: *“Los bienes que componen el Patrimonio Cultural Vasco serán objeto de protección mediante su calificación como bienes de interés cultural o mediante su inscripción en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco”⁸¹, declarándose bienes culturales cualificados aquellos bienes... e inmateriales del Patrimonio Cultural Vasco que cuenten con una especial relevancia, carácter singular y valor culturales, por lo que merecen el nivel más alto de protección que otorga esta Ley”⁸². Además, “Se inscribirán en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco aquellos bienes... inmateriales que, sin ostentar la relevancia o poseer el valor especial propio de los bienes cualificados, cuenten con valores culturales que les hace merecedores de integrar en el Patrimonio Cultural Vasco”⁸³. Así también, “... podrá otorgarse la protección que corresponda a los bienes de naturaleza no individualizada cuando pueda constatarse que la singularidad y valor especial se manifieste del conjunto como tal, no siendo exigible la misma de cada uno de los elementos que la integran”⁸⁴.*

Si bien no queda claramente establecido, tal y como señalaremos después y ha indicado el Informe del Consejo Económico y Social Vasco, los bienes culturales

⁸⁰ Anteproyecto de Ley del Patrimonio Cultural del País Vasco, de 18 de noviembre de 2011. Ver: http://www.euskadi.net/contenidos/plan_programa_proyecto/py_ley_46/es_py_ley/adjuntos/PROPUE_STA_NORMA.pdf.

⁸¹ Art. 5.1 del Anteproyecto de la LPCPV 2011.

⁸² Art. 5.2 del Anteproyecto de la LPCPV 2011.

⁸³ Art. 5.3 del Anteproyecto de la LPCPV 2011.

⁸⁴ Art. 5.4 del Anteproyecto de la LPCPV 2011.

inmateriales en el art. 4 del Anteproyecto, cuando se hace referencia a la protección, se establece en el art. 29.5 que el Patrimonio Cultural Inmaterial se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos: a) Tradiciones y expresiones orales de la cultura, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial. b) Artes del espectáculo. c) Usos sociales, rituales y actos festivos. Y, d) Técnicas artesanales tradicionales.

Entendemos que es más completa y exhaustiva la redacción de elementos que integran el Patrimonio Cultural Inmaterial en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía⁸⁵, en cuyo art. 6.1 establece que: “Son bienes integrantes del Patrimonio Etnológico Andaluz, -los parajes, espacios, construcciones o instalaciones vinculadas a formas de vida, cultura, actividades y modos de producción propios de la Comunidad de Andalucía-”.

Se consideran Administraciones competentes a efectos de lo que se establece en la presente Ley: “*El Gobierno Vasco* (a cuyo Departamento de Cultura corresponde la competencia de cumplir con las normas y obligaciones establecidas por el Estado para la defensa del patrimonio cultural), *Las Diputaciones Forales* (que tienen encomendada la competencia en el desarrollo y la ejecución de las normas emanadas por parte de las Instituciones Comunes en el ámbito de la Conservación, Mejora, Restauración o, Excavación del Patrimonio Histórico, Artístico, Monumental y Arqueológico), y *Los Ayuntamientos* (que deberán colaborar en la protección y conservación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Vasco)”⁸⁶.

En el Capítulo V del Anteproyecto se contiene el Régimen de protección del Patrimonio Inmaterial en el art. 29. Se dispone que los bienes calificados o inventariados deberán ser salvaguardados por parte de las administraciones competentes. Se explicita qué se entiende por salvaguarda y señala cuáles son las manifestaciones del Patrimonio Cultural Inmaterial Vasco⁸⁷.

⁸⁵ Ver la Ley Andaluza de 2007 en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-I14-2007.t6.html#t6. (25-05-2013).

⁸⁶ Art. 8 del Anteproyecto de la LPCPV 2011. “*Correspondiendo al Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas por el Estado para la defensa del patrimonio cultural contra la exportación y la expoliación, asumiendo la Comunidad Autónoma el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación*” (apartado 2). Y “*Corresponde a los Territorios Históricos el desarrollo y la ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes en materia de Conservación, Mejora, Restauración o, en su caso, Excavación del Patrimonio Histórico Artístico Monumental y Arqueológico*” (apartado 3º). Es competencia de “*Los Ayuntamientos la colaboración activa en la protección y conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural Vasco... a través de la ordenación urbanística... realzar y dar a conocer el valor cultural de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico del pueblo vasco que radiquen en su término municipal, en caso de urgencia, adoptar las medidas cautelares necesarias para salvaguardar los bienes.... Todo ello sin perjuicio de las funciones que específicamente se les encomienda mediante esta Ley u otras disposiciones legales*” (apartado 4º). Finalmente se contiene “*La obligación de Colaboración de todas las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus funciones y competencias para la defensa del Patrimonio Cultural, mediante relaciones recíprocas de plena comunicación, cooperación y asistencia mutua*” (apartado 5º).

⁸⁷ Artículo 29 del Anteproyecto de LPCPV 2011: 1.- *Los bienes inmateriales calificados o inventariados deberán ser salvaguardados por las administraciones competentes, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, y se promoverá su investigación y su recogida exhaustiva en soportes materiales que garanticen su transmisión a las futuras generaciones.*

Se entiende por salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial las medidas encaminadas a garantizar su viabilidad, que comprende: *“la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”*.

Se solicitó por parte del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco un Informe sobre el Anteproyecto de la Ley del Patrimonio Cultural del País Vasco, tal y como se establece en el art. 3.1 de la Ley 8/2012, de 17 de mayo, del Consejo Económico y Social Vasco. En el Dictamen emitido por éste Organismo se señala que: *“Por su propia naturaleza, el patrimonio inmaterial, definido como –usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes, que se reconozcan como parte integrante de la cultura vasca- no se clasifica en categorías”*.

Destaca el Informe que *“La incorporación de la figura de paisaje cultural, al que se reconoce como un elemento fundamental del entorno humano, expresión de la diversidad de su patrimonio común cultural y natural y como fundamento de su identidad, y se asume el compromiso de integrar el paisaje, entre otras, en las políticas en materia de Cultura”⁸⁸*.

Afirma el Informe que *“Resulta sorprendente, no obstante, que en el Anteproyecto de Ley, en su artículo 6^o⁸⁹ se detallan de manera suficiente las respectivas categorías de bienes muebles e inmuebles, pero que, al referirse a los bienes*

2.- A los efectos de la presente Ley se entiende por salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial las medidas encaminadas a garantizar su viabilidad, que comprende: la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

3.- El régimen de protección de los bienes inmateriales calificados e inventariados será el que se fije en las resoluciones por las que se acuerda su calificación o inclusión en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco que deberán señalar las medidas de conservación, difusión y fomento de su investigación y mayor conocimiento.

4.- Únicamente se considerará patrimonio cultural inmaterial el que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos.

5.- El Patrimonio Cultural Inmaterial vasco se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:

a) Tradiciones y expresiones orales de la cultura, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial.

b) Artes del espectáculo

c) Usos sociales, rituales y actos festivos.

d) Técnicas artesanales tradicionales.

⁸⁸ Dictamen del Consejo Económico y Social Vasco del 18 de julio de 2012, se dispone, en relación con el Patrimonio Cultural Vasco Inmaterial: Ver: [http://www.cesvasco.es/LinkClick.aspx?link=dictamenes%2F2012%2FDICTAMEN+15+WEB+ Cast+MAQUETADO.pdf&tabid=88&mid=574&language=es-ES](http://www.cesvasco.es/LinkClick.aspx?link=dictamenes%2F2012%2FDICTAMEN+15+WEB+Cast+MAQUETADO.pdf&tabid=88&mid=574&language=es-ES). (25-05-2013).

⁸⁹ Art. 6 del Anteproyecto de LPCPV 2011: Categoría de Bienes Culturales: 1.- Los bienes de interés cultural vasco, calificados e inventariados deberá clasificarse de conformidad con las categorías por la presente Ley que distingue a estos respecto entre los bienes culturales muebles, inmuebles y los inmateriales. Seguidamente, en el apartado h) recoge la “Zona de interés etnográfico: Paraje, espacio, conjunto de construcciones o instalaciones expresivas de la cultura, forma de vida y actividades tradicionales del País Vasco”. Ver:

http://www.euskadi.net/contenidos/plan_programa_proyecto/py_ley_46/es_py_ley/adjuntos/PROPUESTA_NORMA.pdf.

inmateriales⁹⁰, no se detalla categoría alguna, olvidando las mencionadas en la Memoria explicativa”.

Continúa el Informe señalando que: “.... Como dice la Memoria,.... - una de las carencias que se ha detectado en la normativa vigente es la ausencia de categorías que reflejen fielmente la naturaleza de los bienes protegidos-, resulta incongruente no categorizar a los bienes inmateriales, cuya incorporación a la regulación de la Ley constituye una de las novedades de la misma. Y resulta más incongruente aún esta ausencia de categorización del patrimonio inmaterial, cuando en el artículo 32, referido al régimen de protección de dicho patrimonio⁹¹, en el punto 5º se detallan cuatro –ámbitos- particulares en los que se manifiesta el patrimonio cultural inmaterial vasco (tradiciones y expresiones orales de la cultura, incluido el idioma como vehículo del patrimonio inmaterial) que podrían constituir, precisamente, las categorías cuyo detalle falta en el artículo 6º⁹².

En la Memoria explicativa del Anteproyecto se detallan los elementos que comprenden el Patrimonio Inmaterial: “... los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes- reconocidos como parte integrante del patrimonio Cultural Vasco”⁹³.

Compartimos íntegramente la apreciación que se contiene en el Informe del Consejo Económico y Social Vasco. Es imprescindible que se recoja en la nueva legislación una clara delimitación de los elementos que se integran dentro del Patrimonio Cultural Inmaterial. Entendemos que pueden para ello revisar las legislaciones que se han promulgado en otras Comunidades Autónomas y subsanar estas deficiencias que entendemos que es fundamental para poder proceder al inventariado, documentación e inscripción de esta modalidad patrimonial.

Consideramos que la delimitación que se realiza por parte de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria en el que se dispone que el Patrimonio Etnográfico está integrado por: -espacios, bienes materiales, conocimientos y actividades que son expresión de la cultura y de los modos de vida que, a través del tiempo, han sido y son característicos de las gentes de Cantabria-

⁹⁰ Art. 6.4 del Anteproyecto de Ley. 4.- “Los bienes inmateriales de valor cultural pueden ser calificados e inventariados y, en atención a su propia naturaleza, no se adscriben a ninguna categoría”.

⁹¹ Anteproyecto de Ley del Patrimonio Cultural Vasco, Sección 5º, Del Patrimonio Inmaterial, art. 32: Régimen de Protección, p. 6.

⁹² Dictamen del Consejo Económico y Social, p. 14. Continúa el Informe que: “Por otra parte, sorprende que en el ámbito del Patrimonio Inmaterial Vasco no haya ni una sola mención al euskera. Más allá de consideraciones antropológicas y culturales, en el ámbito estrictamente jurídico, la Ley Básica de Normalización del Uso del Euskera, Ley 10/1982, de 24 de noviembre, califica el euskera como parte fundamental del Patrimonio Cultural del Pueblo Vasco, por ser la lengua propia del pueblo vasco, signo más visible y objetivo de la identidad de nuestra Comunidad”. Concluye afirmando en relación con el tema del euskera que: “Consideramos, en suma, que este Anteproyecto de Ley, al regular el Patrimonio Cultural Inmaterial, debería mencionar y subraya el euskera, señaladamente, en la Exposición de Motivos, en la definición de Patrimonio Cultural Vasco Inmaterial (art. 4) y al fijar su régimen específico de protección (art. 32)”. p. 15.

⁹³ Dictamen del Consejo Económico y Social, p. 14.

“⁹⁴, así como la definición que se contiene en el artículo 97, puede ser un buen modelo a seguir.

Se afirma en el art. 97 de la Ley de Cantabria, en relación con la Definición del Patrimonio Etnográfico que: *1. Son considerados como espacios de interés etnográfico las instalaciones y los lugares del territorio regional dotados de un alto contenido cultural en el ámbito de las costumbres, las tradiciones o las creencias de la región.*

2. Igualmente, se consideran espacios de interés etnográfico los paisajes culturales que, por su especial significación, se constituyen en nítidos exponentes de la relación establecida a lo largo del tiempo entre la comunidad humana que la habita en su seno y el medio natural que le da soporte y particularmente los paisajes de cercas y las estructuras de mosaico en las áreas rurales.

3. Los bienes materiales que conforman el patrimonio etnográfico están integrados por bienes de carácter inmueble y por bienes de carácter mueble.

4. Incluyen los bienes inmuebles del patrimonio etnográfico todas aquellas construcciones que se ajusten a patrones transmitidos por vía de la costumbre, y que dan vida a formas y tipos propios de las distintas comarcas de Cantabria.

5. Dentro de los bienes muebles del patrimonio etnográfico se encuentran todos aquellos objetos ligados a las actividades de las gentes de Cantabria, cuyos modelos respondan a técnicas enraizadas en la región.

6. Se hallan incluidos, igualmente, dentro de los bienes materiales del patrimonio etnográfico, los bienes de carácter mueble o inmueble ligados a la actividad productiva, tecnológica e industrial de Cantabria, tanto en el pasado como en el presente, en cuanto exponentes de los modos de vida de las gentes de Cantabria. Cuando se trate de bienes pertenecientes a este apartado que, siendo vestigios del pasado, no resulten accesibles con metodología etnográfica sino arqueológica, les será de aplicación lo dispuesto en esta Ley para el patrimonio arqueológico.

7. Asimismo, forman parte del patrimonio etnográfico de Cantabria aquellos conocimientos, prácticas y saberes, transmitidos consuetudinariamente, y que forman parte del acervo cultural de la región y particularmente las fiestas populares, las manifestaciones folclóricas, la música tradicional y folk, y el vestuario histórico.

Concluye el Informe señalando que: “Por último, llama de nuevo la atención observar que en el Capítulo III, relativo a los -Niveles de Protección de los Bienes Culturales-, frente al detalle que se recoge en los artículos 48 y 49 respecto a los criterios de intervenciones sobre bienes inmuebles y muebles calificados, y en los artículos 54 y 55, respecto a los bienes inmuebles y muebles inventariados, no haya mención alguna respecto a los criterios de intervención y régimen de protección de los bienes inmateriales”⁹⁵.

Por todo ello, concluimos afirmando que “deben subsanarse todas estas deficiencias que se contienen en el Anteproyecto de Ley antes de que se proceda a su aprobación definitiva”.

⁹⁴ Art. 96 de la Ley de Patrimonio Histórico de Cantabria.

⁹⁵ Dictamen del Consejo Económico y Social, p. 15.

Se han pronunciado dos sentencias por parte del Tribunal Supremo en las que se resuelven dos cuestiones que guardan cierta conexión con el Patrimonio Cultural del País Vasco⁹⁶.

En la primera de ellas, se trata de un vecino de Berriatua (Vizcaya) que solicita el acceso como arrendatario a la propiedad de una finca rústica denominada "Casa Torre y pertenecidos de Arancibia". Esta demanda fue estimada por parte del Juzgado de 1ª Instancia de Guernica, declarando el derecho del demandante al acceso a la propiedad de la finca rústica⁹⁷.

Presentado Recurso de Apelación, la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 3ª, revoca y desestima íntegramente la demanda y declara la inexistencia del derecho del actor para acceder a la propiedad de la mencionada finca rústica.

Esta decisión de la Audiencia Provincial se apoyó exclusivamente en un certificado del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, de 14 de febrero de 1990, en el que se dice que "La Casa torre de Arancibia en Berriatua (Vizcaya) se encuentra incluida en el Inventario del Patrimonio Histórico Arquitectónico del País Vasco que realizó el Gobierno Vasco el año 1989". Dispone la Sala que el objeto del arrendamiento comprende, además del Caserío Autchubide o Casa Torre y altozano, un cobertizo y cuatro parcelas⁹⁸.

El Tribunal Supremo resuelve el Recurso presentado afirmando que: a) "Constando el valor del inmueble en su parte de finca urbana (vivienda, cuadra y cobertizo), así como en la parte rústica, no es admisible que sin término de comparación con el valor de las fincas de los alrededores, se aplique un precepto legal que precisamente se basa en esa comparación entre la finca litigiosa y los valores que normalmente corresponden a otras cercanas, y menos se averigua que su valor en venta sea superior al menos en el doble, al de esta última, como exige dicha norma legal", b) "Nada se establece en la sentencia recurrida que impida a los recurridos propietarios arrendadores disponer del inmueble transmitiendo su propiedad a terceros, con las obligaciones, que tampoco se indican ni se cita norma que las imponga, derivadas de su inclusión en el inventario de bienes de carácter histórico-artístico; ni, por tanto, en el caso de acceder a la demanda se cita ninguna norma en contrario a que los adquirientes sigan respetando e carácter excepcional de la

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 1993, sobre Arrendamientos rústicos y acceso a la propiedad en relación con una finca que se encuentra incluida en el Inventario del Patrimonio Histórico Arquitectónico del País Vasco que fue realizado por la Dirección del Patrimonio Histórico Artístico del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco en 1989. Y la

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 2 de febrero de 2005, Recurso 6401/2001, que resuelve el Acuerdo adoptado por parte de los Ayuntamientos de Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón, que declaran el euskera como valor cultural parte de su patrimonio.

⁹⁷ F. J. 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 1993. Concluye la Sentencia de 1ª Instancia de Guernica que se debe proceder a la venta de la finca señalada anteriormente y que debe abonarse la cantidad de 1.072.869 pesetas por la casa y 7.449.460 pesetas por los pertenecidos. El adquiriente asume el compromiso de permanecer en la finca seis años desde la fecha de adquisición sin poder enajenarla, arrendarla ni cederla en aparcería la finca adquirida.

⁹⁸ F. J. 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 1993.

llamada –Casa Torre-; ni tampoco se ha citado norma alguna, ni siquiera se ha alegado, que declare a tales bienes inalienables”. c) “Así, nada obsta a la enajenación que a favor del recurrente impone en casos como el ahora contemplado la Ley de Arrendamientos Rústicos, a la vista de la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y menos aún la Ley de Administración Local (Ley 13/1985 ni su texto Refundido de 1986, ni el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales del mismo año, las que recogen, en cambio, el carácter de inalienables de los bienes a que se refieren, nota que brilla por su ausencia en los bienes de propiedad particular o privada incluidos en inventarios de carácter histórico-artístico o arquitectónico. Todo ello, sin que obste a las facultades de la Administración actuales o futuras para intervenir en su caso en las transferencias ni como ya se deja dicho, a la particular situación jurídica de los titulares del dominio privado sobre ellos como consecuencia de aquella connotación histórico-artística”⁹⁹.

Concluye la Sentencia del TS afirmando que: *“Es evidente que procede la estimación del recurso en sus tres motivos, por haber sido infringido por la Sentencia recurrida el art. 1.3ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, como se postula al amparo del art. 1692.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español¹⁰⁰ y el art. 98.1º de la Ley de Arrendamiento”.* Por todo ello, la Sala dicta sentencia en la que confirma la sentencia pronunciada en primera Instancia¹⁰¹.

De todo lo que antecede, podemos concluir afirmando que, en el presente caso, acceso a la propiedad de una finca rústica, caserío de labranza y sus pertenecidos, no le afecta la legislación de Patrimonio Histórico artístico, lo que supone que no se impide su enajenación.

En la segunda Sentencia del Tribunal Supremo se discute la cobertura legal de los Acuerdos adoptados por parte de los Ayuntamientos de Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón para declarar el euskera *“valor cultural que constituye parte de su patrimonio, por lo que se promoverá el conocimiento y uso del euskera impulsando su presencia pública en función de la demanda de los habitantes del municipio”.*

La Comunidad Autónoma de Castilla y León interpuesto Recurso Contencioso-Administrativo contra los citados Acuerdos ante al Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, recayendo sentencia el día 23 de julio de 2001 en el que se establecía que: *“....Se trata de un bien inmaterial que puede formar parte de la vida cotidiana de la sociedad o de un grupo dentro de la sociedad pero no contiene una declaración de bien de interés histórico, artístico, paleontológico, etnográfico, cinético o técnico. Por lo tanto, debe llegarse a la conclusión de que la Declaración de los Ayuntamientos no supone una injerencia dentro de los supuestos previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Además, “en cuanto a la*

⁹⁹ F. J. 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 1993.

¹⁰⁰ Art. 46 de la Ley de Patrimonio Histórico español.

¹⁰¹ F. J. 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 1993.

*legitimidad para impugnar el Acuerdo de los Ayuntamientos, la Junta de Castilla y León no se encuentra legitimada*¹⁰².

El letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León interpone Recurso de Casación, haciendo valer un único motivo al amparo del art. 88.1-d) de La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁰³ y denunciando la infracción de la jurisprudencia sentada de forma reiterada¹⁰⁴.

Señala el Tribunal Supremo que: “... los referidos Acuerdos de los Ayuntamientos se limitan a reconocer el valor cultural que supone el uso de un idioma, lo que es incuestionable, en razón del uso que en su momento se hizo en el territorio municipal y en cuanto se demande su utilización por los habitantes del municipio, promoviendo en tal medida su conocimiento y uso. Ello en forma alguna constituye una declaración de bien de interés cultural a que se refiera la Ley 16(1985, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico español, ya que no se ha realizado a su amparo, no tiene el contenido ni se pretenden los efectos propios de la declaración prevista en dicha Ley, y en ningún momento los respectivos Ayuntamientos han pretendido suplantar o sustituir dicha declaración”. Por el contrario, “...esta declaración constituye, por su contenido y alcance, una medida de conservación y fomento de un valor cultural como es el uso de un idioma que en mayor o menor escala o proporción se utilizó en el pasado y se demanda en el presente, sin que en ningún caso constituya un reconocimiento como lengua oficial o cooficial ni la equiparación de su utilización con tal alcance”. “Se trata de una actividad de fomento que encuentra cobertura general en el principio de autonomía municipal en la gestión de sus intereses, proclamada en el art. 140 de la Constitución y en el artículo 1 de la Ley 16/1985, y de manera particular puede entenderse amparada en las competencias sobre actividades culturales (art. 25.2)”¹⁰⁵.

Por todo ello, se rechaza el Recurso “al no suponer la actuación de los Ayuntamientos competencia alguna de las que derivan de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico español por quien no lo ostenta, se justifica por el uso del euskera en tales municipios en mayor o menor proporción según los distintos momentos históricos, no supone desconocer el valor de la lengua oficial ni pretende el uso del euskera como otra lengua oficial y menos aún un uso generalizado y equiparable con el castellano y tampoco sustituir las declaraciones que contiene el Estatuto sobre el alcance del castellano como Lengua oficial de la Comunidad”¹⁰⁶.

¹⁰² Antecedente 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º, Sentencia de 2 de febrero de 2005, Recurso 6401/2001.

¹⁰³ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Art. 88.1-d): “El Recurso de Casación habrá de fundamentarse en alguna de los siguientes motivos: d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver al cuestión objeto de debate”.

¹⁰⁴ Sentencia de 13 de marzo de 1999, Sentencia de 2, 4 y 30 de octubre de 1999.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º, Sentencia de 2 de febrero de 2005, F. J. 3º.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º, Sentencia de 2 de febrero de 2005, F. J. 3º.

1.2.- Comunidad Autónoma de Andalucía

La primera Ley que se promulgó en Andalucía fue la Ley 1/1991 de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía¹⁰⁷, derogada actualmente, estuvo vigente hasta el día 8 de enero de 2008.

Andalucía a la hora de promulgar su legislación, tanto la Ley de Patrimonio Histórico de 1991, como la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía¹⁰⁸ ha roto por completo con el enfoque folclorista. Las Leyes andaluzas de Patrimonio han manejado un “concepto amplio de cultura” que redundaba en una concepción etnopatrimonial.

Se promulga la LPHA¹⁰⁹ como consecuencia de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Estatuto de Autonomía con el objeto de enriquecer, salvaguardar, tutelar y difundir el Patrimonio Histórico andaluz¹¹⁰. Dicho Patrimonio se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones en cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés... etnológico para la Comunidad Autónoma, siendo gestionado por parte de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente el retorno a Andalucía de los bienes con claro significado andaluz que se encuentre fuera del territorio¹¹¹.

Es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹¹² el Patrimonio Histórico Andaluz, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Estado o estén atribuidas a la Administración Local¹¹³. Así también, le corresponde la competencia de ejecución de la legislación estatal, siempre que la misma no resulte expresamente atribuida por el Ordenamiento jurídico a la Administración Central.

¹⁰⁷ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-an-l1-1991.t1.html. (23-05-2013).

¹⁰⁸ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-l14-2007.html. (23-05-2013).

¹⁰⁹ La Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía, en adelante, LPHA.

¹¹⁰ Art. 1 LPHA. Señala que en base a los que establece el art. 13- apartados 26-27 y 28 del Estatuto de Autonomía, es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía: “La Promoción y fomento de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones, sin perjuicio de lo que se establece en el [artículo 149.2 de la Constitución](#): Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, y teniendo en consideración lo que se dispone en el número 28 del [apartado 1 del artículo 149 de la Constitución](#). Archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal. Conservatorios y Centros de Bellas Artes de interés para la Comunidad Autónoma”.

¹¹¹ Art. 2 LPHA.

¹¹² Art. 3 de la LPHA.

¹¹³ Art. 4.1 de la LPHA: “Corresponde a los Ayuntamientos la misión de realzar y dar a conocer el valor cultural de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz que radiquen en su término municipal. Les corresponde asimismo adoptar, en caso de urgencia, las medidas cautelares necesarias para salvaguardar los bienes del Patrimonio Histórico Andaluz cuyo interés se encuentre amenazado. Todo ello sin perjuicio de las funciones que específicamente se les encomiende mediante esta Ley o en virtud de la [Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español](#)”. Así también, establece el Art. 4.2 de la LPHA: “Las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía colaborarán, estrechamente entre sí en el ejercicio de sus funciones y competencias para la defensa del Patrimonio Histórico, mediante relaciones recíprocas de plena comunicación, cooperación y asistencia mutua. Las corporaciones locales pondrán en conocimiento de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente las dificultades y necesidades que se les susciten en el ejercicio de sus competencias en esta materia, así como cualquier propuesta que pueda contribuir a la mejor consecución de los objetivos de esta Ley”.

Mediante Convenio con las Corporaciones Locales interesadas, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía delegará en las Administraciones Locales el ejercicio de competencias que son propias de la Administración Autonómica¹¹⁴.

Muestra evidente de la protección especial que se concede al Patrimonio etnográfico lo tenemos en el Título VII, artículos 61 a 64 de la Ley 1/1991 de Patrimonio Histórico Andaluz. Se señala que, forman parte del Patrimonio etnográfico andaluz *“Los lugares, bienes y actividades que alberguen o constituyan formas relevantes de expresión de la cultura y modos de vida propios del pueblo andaluz”*¹¹⁵ y que los bienes muebles de interés etnológico quedaran sometidos al régimen general de protección establecido en la presente Ley para los bienes de naturaleza mueble¹¹⁶. Es de destacar que se dispone que *“La declaración de prácticas, saberes y otras expresiones culturales como de interés etnológico les conferirá preferencia entre las restantes actividades de su misma naturaleza a efectos de su conocimiento, protección, difusión y obtención de subvenciones y ayudas oficiales a las que pudiera aspirar”*¹¹⁷, ... *“protegiéndose de forma especial aquellos conocimientos y actividades que estén en peligro de desaparición, auspiciando su estudio y difusión como parte de la identidad andaluza”*¹¹⁸.

También se hace referencia expresa a la inscripción específica en el Catálogo General del Patrimonio Histórico¹¹⁹ de un lugar de interés etnológico llevará aparejada la necesidad de tener en cuenta los valores que se pretende preservar en el planeamiento urbanístico, adoptando las medidas necesarias para la protección y potenciación de los mismos¹²⁰. Destacar que, la inscripción en el CGPHA puede realizarse de dos formas: a) con *carácter genérico*, cuando se pretenda simplemente identificar a un bien como perteneciente al Patrimonio Histórico andaluz y la aplicación del régimen general de tutela establecido por la legislación, o, b) con *carácter específico*, cuando se quiera además someter a un régimen más preciso y detallado, mediante la aplicación de lo que se denominan las Instrucciones Particulares¹²¹.

¹¹⁴ Art. 3 LPHA:

¹¹⁵ Art. 61 de la LPHA:

¹¹⁶ Art. 62 de la LPHA.

¹¹⁷ Art. 63 de la LPHA.

¹¹⁸ Art. 64 de la LPHA:A tal fin se promoverá su investigación y la recogida de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las futuras generaciones.

¹¹⁹ En adelante CGPHA. Ver artículos 7, 8, 9 y 10 de la LPHA sobre Inscripción y cancelación en el CGPHA.

¹²⁰ Art. 64 de la LPHA: *“La inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz de prácticas, saberes y otras expresiones culturales como actividades de interés etnográfico les confiere preferencia entre las de su misma naturaleza a efectos de su conocimiento, protección, difusión, así como por la concesión de subvenciones y ayudas públicas que se establezcan. Así mismo, serán especialmente protegidos aquellos conocimientos o actividades que estén en peligro de desaparición, auspiciando su estudio y difusión, como parte integrante de la identidad andaluza. A este fin se promoverá su investigación y la recogida de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las futuras generaciones”*.

¹²¹ Para más información sobre las Instrucciones Particulares ver: BECERRA GARCÍA, J. M., “La legislación española sobre Patrimonio Histórico, Origen y Antecedentes. La Ley de Patrimonio Histórico Andaluz”, en *V Jornadas sobre Historia de Marchena. El Patrimonio y su Conversión*, Celebradas del día 6 al 9 de octubre de 1999. pp. 19 y ss. Ver: <http://www.bibliotecaspublicas.es/marchena/revistas/133/revista.htm>. (23-05-2012).

La Dirección General de Bienes Culturales¹²² es el Órgano competente de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía en materia de gestión del Patrimonio Histórico. Se organiza en los Servicios de Protección, Conservación, Obras e Investigación y Difusión.

El Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico¹²³ es la Entidad científica de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía que se ocupa del Patrimonio Cultural desde el año 1989. En la actualidad, es una Agencia pública que integra todas las disciplinas del Patrimonio Cultural, la investigación del patrimonio histórico, la documentación, conservación de los bienes culturales, la restauración del Patrimonio Histórico, la difusión y formación en patrimonio, entre otras.

Se proceda a la reforma en profundidad de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía como consecuencia de la experiencia acumulada durante la vigencia de la citada Ley, de la evolución de los conceptos y planteamientos en los que se basan la protección y conservación, así como los cambios legislativos producidos en otras áreas del ordenamiento estrechamente vinculadas a lo que nos ocupa. A partir de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en cuyo artículo 10.3.3¹²⁴ se recoge el Fundamento Jurídico del Patrimonio Histórico de Andalucía, precepto que hace referencia al afianzamiento de la conciencia de la identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del Patrimonio Histórico como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. Así también, el art. 68.3.1 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de protección del Patrimonio Histórico, Artístico, Monumental y Científico¹²⁵.

Se pretende afrontar con la nueva Ley la protección del Patrimonio Histórico desde un enfoque territorial, de acuerdo con los planteamientos doctrinales más reciente, mediante figuras de nueva creación y acentuar la coordinación con la legislación urbanística¹²⁶. A pesar de que la Ley mantiene la filosofía de tutelar la legislación precedente, afecta a numerosos preceptos repartidos a lo largo de todo su

¹²² Dirección General de Bienes Culturales: Ver: <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/culturaydeporte/consejeria/sgc/dgbcim.html>. (25-05-2013).

¹²³ Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico (IAPH). Ver: <http://www.iaph.es/web/>. (25-05-2013).

¹²⁴ Art. 10.3.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. 3). *Para todo ello, la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: 3).º El afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico y lingüístico.*

¹²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía. Art. 68.3.1: 3. *“Corresponde a la Comunidad Autónoma, salvo lo dispuesto en el apartado 2, la competencia exclusiva sobre: 1º Protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.28.ª de la Constitución”.*

¹²⁶ Exposición de Motivos de la Ley 14/2007: *En este sentido, la integración de técnicas protectoras de la legislación estatal, la creación del «Inventario de bienes reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz», la simplificación de procedimientos y el mayor detalle en la tipificación de las infracciones son modificaciones basadas en la experiencia práctica. Al mismo tiempo se pretende afrontar la protección del Patrimonio Histórico desde un enfoque territorial, de acuerdo con los planteamientos doctrinales más recientes, mediante figuras de nueva creación como la Zona Patrimonial y acentuar la coordinación con la legislación urbanística, tras la aprobación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.*

articulado, por lo que se ha considerado necesaria la aprobación de una nueva Ley, evitándose así la coexistencia de la norma originaria como una extensa modificación, en beneficio de la seguridad jurídica¹²⁷.

La vigente Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía contiene en el Título VI, artículos 61 a 64, la regulación del Patrimonio etnográfico. Destaca el concepto y el ámbito señalando en el art. 61, que: “1. Son bienes integrantes del Patrimonio Etnográfico Andalúz los parajes, espacios, construcciones o instalaciones vinculados a formas de vida, cultura, actividades y modos de producción propios de la comunidad de Andalucía. 2. La inscripción de una actividad de interés etnográfico en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz podrá incluir la protección de un ámbito territorial vinculado a su desarrollo, y de los bienes muebles que se le asocien. 3. Las intervenciones en el ámbito territorial vinculado a una actividad inscrita se someterán al régimen de autorizaciones que les corresponda en función de la clase de inscripción que se realice”.

En cuanto a los Bienes muebles de interés etnográfico afirma el art. 62, que: “*Los bienes muebles de interés etnográfico andalúz quedarán sometidos al régimen general de protección establecido en esta Ley para los bienes de naturaleza mueble*”.

En relación a la protección especial se señala el art. 63 que: “*La inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz de prácticas, saberes y otras expresiones culturales como actividades de interés etnográfico les conferirá preferencia entre las de su misma naturaleza a efectos de su conocimiento, protección, difusión, así como para la concesión de subvenciones y ayudas públicas que se establezcan*”. Asimismo, serán especialmente protegidos, aquellos conocimientos o actividades que estén en peligro de desaparición, auspiciando su estudio y difusión, como parte integrante de la identidad andaluza. A tal fin se promoverá su investigación y la recogida de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las futuras generaciones.

Y finalmente, en relación con la adecuación del planeamiento dispone el art. 64 que: “*La inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de un Lugar de Interés Etnográfico llevará aparejada la obligación de tener en consideración los valores que se pretendan preservar en el planeamiento urbanístico, adoptando las medidas necesarias para su protección y potenciación*”.

Se han realizado distintos Proyectos y actividades que han tratado de impulsar el Patrimonio Cultural Inmaterial de Andalucía por parte de las distintas administraciones competentes. Podemos destacar las siguientes actividades como las más relevantes:

1- Actividades de interés etnográfico (Catálogo general del Patrimonio Histórico) Lista del Patrimonio inmaterial de la Humanidad (UNESCO).

- Cabalgata de Reyes Magos- Huelva- 10-06-2010, Catalogación general.
- Carpintería de Ribera- Sevilla- 12-09-2003, Catalogación general.
- Carpintería de Ribera- Málaga. 19-02-2008- Catalogación General.

¹²⁷ Exposición de Motivos de la Ley 14/2007.

- Fiesta de los verdiales- Málaga. 21-12-2010- BIC.
- Danzas de Huelva- Huelva. 23-03-2011, Catalogación General Patrimonio Inmaterial de la Humanidad de la UNESCO.
- El flamenco- Patrimonio Inmaterial de la Humanidad de la UNESCO.
- Dieta mediterránea- 22-03-2010, Patrimonio Inmaterial de la Humanidad de la UNESCO.

2- Patrimonio inmueble de carácter etnográfico de Andalucía: En la Base de datos del Patrimonio Inmueble de Andalucía se recoge la información sobre más de 4.743 registros de bienes inmuebles el año 2010.

- Destacar que existen pocos registros del Patrimonio Etnográfico debido a la tardía incorporación de este tipo de patrimonio en el ámbito de la tutela.
- En cuanto a las fuentes de información más importantes de suministro de este tipo de patrimonio etnográfico, podemos destacar el Inventario de arquitectura popular de Andalucía,
- Por lo que a los bienes etnográficos se refiere podemos afirmar que aportan una gran variedad de tipologías funcionales ligadas a los diferentes grupos sociales de la estructura socioeconómica andaluza, edificios productivos, agropecuarios, residenciales, así como los edificios dotacionales, como fuentes, cementerios.

3- El Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía: Este Atlas fue promovido por parte de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía a través del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico y pretende analizar la distribución territorial de los rasgos más significativos de la cultura andaluza en la actualidad, junto a otras instituciones colaboradoras.

Se ha tratado de detectar áreas de especial interés que permitan mejorar las medidas de gestión, difusión, puesta en valor y protección del Patrimonio Andaluz. Para ello, se están llevando a cabo medidas paralelas de documentación y registro, de difusión y puesta en valor, de salvaguarda y fomento, de capacitación y formación, de cooperación y colaboración.

Los objetivos generales del proyecto son, entre otros:

a- Identificar, registrar y difundir los rituales festivos, modos de expresión, oficios y saberes, y otras manifestaciones culturales andaluzas atendiendo también a su distribución territorial, Desarrollar instrumentos teóricos, metodológicos y de gestión específicos para el registro y reconocimiento de estas expresiones culturales (Bases de datos); registrar el Patrimonio Inmaterial de Andalucía con equipos especializados y que apliquen una metodología integradora en el territorio concreto; documentación audiovisual: registros fotográficos, sonoros y audiovisuales; desarrollar un modelo de representación cartográfica del patrimonio Inmaterial; detectar la distribución territorial del Patrimonio Cultural Inmaterial de Andalucía; detectar zonas de especial interés y valores patrimoniales así como los factores de riesgo que afectan a dicho patrimonio.

b- Valorizar el Patrimonio Inmaterial para sensibilizar a los colectivos sociales protagonistas y generadores de este patrimonio, así como a la sociedad en general de la importancia de este Patrimonio Cultural.

c- Atender a las demandas y necesidades de los grupos detentadores de estas expresiones, aportando, en función de ello, medios que favorezcan la continuidad de las mismas, haciéndoles partícipes activos en el diseño y puesta en funcionamiento de estas medidas.

Los criterios metodológicos adoptados por el proyecto responden básicamente a los de la documentación etnológica. El proyecto abarca 62 zonas territoriales que agrupan a todo el territorio andaluz. Rige un criterio de registro territorial, extensivo y abierto, valorativo a partir del conocimiento *in situ* de las poblaciones y recogiendo las tipologías dominantes de los elementos y las expresiones más significativas atendiendo al valor identitario de las mismas y a la valoración que se les otorga por parte de la población. Se analizan también los contextos territoriales, económicos, simbólicos, políticos donde se manifiestan cotidiana o cíclicamente estas prácticas. Se entenderá cada una de las zonas de trabajo asignadas como marco de referencia contextual. Se tienen en cuenta características ecológicas, actividades económicas predominantes, articulación de los núcleos urbanos, situación fronteriza, estructura de la propiedad, etc. Las fases son anuales para abarcar todo el calendario festivo y las actividades económicas tradicionales que respondan a una temporalidad estacional o anual.

En la descripción etnográfica se recogen tanto las características inmateriales de las expresiones inventariadas, así como los aspectos materiales de las mismas y las relaciones entre los diferentes tipos de expresiones, etc. A tal efecto, el proyecto ha desarrollado un modelo descriptivo adaptado a las características de los cuatro ámbitos: Rituales festivos; Oficios y saberes, Modos de expresión y Alimentación/cocina.

4- El Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía está siendo elaborado por parte de la Consejería de Cultura a través del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico. Cuenta con la colaboración de otras Instituciones, como son: (Centro de Estudios Andaluces, Servicio de investigadores y difusión del Patrimonio Histórico) y con la participación de diferentes colectivos sociales, (Grupos de desarrollo rural, Asociaciones artesanas, Hermandades...).

El Atlas tiene por finalidad el “registro, la documentación, la difusión y la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial de Andalucía”. El Proyecto tiene como fin principal “poner en valor y difundir una imagen de Andalucía desconocida y poco valorada que permita a sus protagonistas reconocerse en las expresiones más vivas de nuestro patrimonio cultural”¹²⁸.

¹²⁸ Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía, del Instituto Andaluz de Patrimonio histórico, ver:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/>.

Ámbitos temáticos del Atlas:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/ambito-tematico.html>.

Ámbito territorial:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/ambito-territorial.html>.

Criterios metodológicos:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/criterios-metodologicos.html>. Fases del Atlas:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/fase.html>. Consulta del Patrimonio Inmaterial de Andalucía:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/consulta.html>. Videos:

Con respecto al resultado obtenido, podemos destacar que se han desarrollado cinco Fases del Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía entre los años 2008-2012 que integran documentación, formación, investigación, análisis y la difusión de los resultados obtenidos:

- En la fase 0 del proyecto (2008) Se desarrolló en los meses comprendidos entre enero y noviembre de 2008. En este período se realizaron las siguientes tareas:

a- Recopilación para la documentación destinada a la preparación de las fases siguientes: estudio de la propuesta de zonificación de partida; base de datos para la documentación de las entidades supramunicipales en las que se trabajaría en las fases sucesivas; elaboración del calendario festivo y de las actividades económicas de cada una de las comarcas; búsqueda de fuentes documentales, bibliográficas y de recursos electrónicos por cada ámbito territorial y temático a estudiar.

b- Elaboración de informes técnicos por expertos que colaboran en calidad de asesores científicos en las materias de los ámbitos temáticos expuestos.

c- Proceso formativo y de capacitación para el equipo de investigación.

- En la fase 1 del proyecto (2009) se abarcaron 22 comarcas de la Sierra. Se registraron 891 elementos de Patrimonio Inmaterial, 412 bienes muebles y 1.386 elementos inmuebles asociados. Se obtuvieron 6000 fotografías y 100 videos.

- En la fase 2 (2010) se trabajó sobre 18 comarcas de la Campiña, Valle del Guadalquivir y Altiplanicies Interiores. Se registraron un total de 554 expresiones/actividades, de las que el 49% correspondían a rituales festivos, el 32% a oficios y saberes, el 10% a modos de expresión y el 9% a alimentación/cocina. También, 250 bienes muebles y 840 bienes inmuebles asociados. Además se realizaron 10518 fotografías, 602 archivos sonoros y 1389 videos.

- En la fase 3 (2011) están en proceso de estudio las áreas de costa y áreas metropolitanas, contando con la colaboración del Instituto de Patrimonio Cultural Andaluz.

- En la fase 4º (2012) es la última fase, se abordará el tratamiento de la información total y la publicación del Atlas¹²⁹ así como las tareas de difusión completa de la información recopilada y analizada.

En cualquier caso, se trata de un proyecto abierto, que contará con la participación de los colectivos implicados en su seguimiento y validación. Por este motivo se pretende crear a lo largo del proyecto una red de informadores y registradores del patrimonio inmaterial (Red de Patrimonio Inmaterial de Andalucía) que garanticen la

http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas/videos_patrimonio_inmaterial.html.

¹²⁹ Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía: Ver:

<http://www.iaph.es/export/sites/default/galerias/patrimonio-cultural/documentos/atlas/huelva.pdf>. (25-05-2013). Se divide en: Rituales festivos, Oficios y saberes, Modos de expresión y alimentación y cocina.

continuidad y actualización del Registro actual que se realiza dentro del marco del proyecto del Atlas del Patrimonio Inmaterial. El objetivo es hacer partícipes a las comunidades, los grupos y los agentes sociales en la definición, la localización y el inventario de su patrimonio cultural inmaterial, siguiendo las recomendaciones de la Convención de la Salvaguarda del Patrimonio Inmaterial (UNESCO 2003).

Cabe destacar que el proyecto está promoviendo la creación de la Red de Informantes y Registradores del Patrimonio Inmaterial de Andalucía¹³⁰, con el propósito de involucrar activamente a la sociedad civil en las actividades de documentación y salvaguarda del Patrimonio Inmaterial de sus territorios. El planteamiento que sustenta la creación de la Red entronca con la filosofía de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Inmaterial de la Humanidad (UNESCO 2003). A tal propósito, cabe mencionar que el Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía ha sido presentado a la candidatura UNESCO 2010-2011 como Proyecto o Actividad de Buenas Prácticas, no habiendo sido publicada todavía la resolución definitiva.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se ha posicionado en dos ocasiones en relación con los bienes de valor etnográfico¹³¹. En la primera de ellas, STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 1999, resuelve el recurso interpuesto por parte de los propietarios de la finca denominada “*Molino de la Coronela*” que estaba en el término municipal de Zahara de la Sierra, que fue expropiada para ejecutarse el Embalse de Zahara-El Gastor.

Entendían los propietarios de la finca que “Los bienes expropiados eran de valor histórico, artístico y arqueológico importante, por las características etnográficas de las mismas, lo que suponía que debía haberse seguido otro procedimiento expropiatorio y que el justiprecio debió de haberse fijado por la Comisión Especial al efecto y no por el Jurado Provincial de Expropiación”.

Se entendió por parte del TSJ de Andalucía que ambas alegaciones debían ser rechazadas. En primer lugar, *“El Jurado Provincial de expropiación forzosa, al cuestionarse si a los bienes expropiados pudiera afectarle la normativa en materia de protección de bienes de interés histórico o artístico y la posibilidad de preservarlos o protegerlos, oficia a los diversos órganos implicados para aclarar la cuestión., Por la Delegación Provincial de Cultura se contesta que el citado Molino reúne las cualidades de un bien del Patrimonio Histórico, y que incorporado al Inventario de Arquitectura Popular de la Provincia de Cádiz forma parte del Patrimonio Etnográfico Andalúz integrado en el Patrimonio Histórico de Andalucía. La Consejería de Cultura a través de su Delegación Provincial le requiere al organismo beneficiario de la expropiación, la Confederación Hidrográfica del*

¹³⁰ El Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía incluye la Red de Informadores y Registradores del Patrimonio Inmaterial de Andalucía. Ver:

<http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/patrimonio-inmaterial/atlas2/noticias.html>.

¹³¹ Sentencia del TSJ de Andalucía, con Sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 2 de noviembre de 1999, Recurso 1592/1996, y, Sentencia del TSJ de Andalucía, con Sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 26 de octubre de 2007, Recurso nº 437/2004.

*Guadalquivir, para que adopte las medidas necesarias para la conservación del Molino de la Coronela*¹³².

La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir emite distintos informes en los que *“Se hace constar la imposibilidad de salvaguardar el Molino de las futuras crecidas de las aguas, en tanto que el Molino se sitúa en cota inferior a la cota máxima de nivel esperado de las aguas, y la protección mediante un muro circundante resulta imposible*¹³³”.

Todo lo que antecede lleva a concluir, en opinión del TSJ de Andalucía que *“La causa de la expropiación no fue por el motivo del valor histórico o artístico o etnográfico del Molino de la Coronela, sino que fue expropiado por el Embalse Zahara –El Gastor- por lo que dado que no es la naturaleza de los bienes expropiados, ni el objeto de la expropiación su interés cultural, artístico e histórico, ni su valor etnográfico la causa de la expropiación, no ha lugar a especialidad alguna, y en concreto no ha lugar a especialidad en relación a la valoración de los mismos. Pero es que a más abundamiento, para sujetarse el expediente tramitado a la normativa por la que se rigen estas expropiaciones de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, según se establece en los artículos 76 y siguientes del Reglamento de Expropiación Forzosa y los artículos 92 y siguientes del Reglamento de Expropiación Forzosa que exigen como requisito necesario que los inmuebles que hayan sido objeto de declaración oficial de su carácter artístico, histórico o arqueológico, con una antelación mínima de un año a la fecha de iniciarse el expediente expropiatorio, lo que a la vista de la relación de hechos acaecidos, de modo alguno ocurre*¹³⁴”.

Así también, afirma la Sentencia que: *“De las pruebas practicadas resulta innegable el valor etnográfico de los bienes expropiados. Pero de modo alguno podemos compartir el criterio de la parte actora de que este factor no ha sido tenido en cuenta en la valoración de los bienes expropiados. Como se recoge en el Acuerdo del Jurado y dentro del concepto de –perjuicios indemnizables- se valoran por importe de seis millones de pesetas, -los elementos, piezas y mobiliario del antiguo molino (soleras, rodezno, transmisiones, harinal, piqueras, tolvas, etc) como el mobiliario de lo que fue antigua panadería (artesa, amasadora, refinadoras, bombos, etc)-, si los citados útiles carecen de valor industrial, dicha ponderación sólo cabe hacerse en consideración al que poseen desde el punto de vista etnográfico, cuando es un valor que carece de concreción objetiva y económica evaluable, dependiendo de factores que por un lado exceden del valor objetivo de los bienes como pueden ser factores históricos, artísticos, sociales... y por otros factores directamente vinculados a los objetos en particular, así grado de conservación, antigüedad... todo ello de difícil cuando no imposible cuantificación.....”*¹³⁵. Y concluye afirmando que: *“...En resumen, sí existe valoración del factor etnográfico, correspondiendo a la parte*

¹³² F. J. 2º de la SSTSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 1999.

¹³³ F. J. 2º de la SSTSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 1999. Ya se había producido anteriormente, una vez que las aguas comenzaron a inundar el Molino y con auxilio de la Guardia Civil, retirando antes de la cubrición de las aguas determinados elementos que fueron relacionados, sin que se pudiera hacer lo propio con el rodezno, depositándolos en las oficinas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y aquellos que no pudieron retirarse por carecer de medios para su traslado fueron finalmente cubiertos por la aguas.

¹³⁴ F. J. 2º de la SSTSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 1999.

¹³⁵ F. J. 4º de la SSTSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 1999.

actora la prueba que acredite lo incorrecto de dicho valor, lo que no ha realizado por las razones antes expuestas". Por todo ello, desestima el recurso presentado.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resuelve el Recurso interpuesto por parte de Agrimarba S. A. contra la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía por la presunta desestimación del Recurso de Reposición interpuesto por la parte actora contra la Orden de la citada Consejería de 18 de diciembre de 2003 que resuelve inscribir con carácter específico, en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, como lugar de interés etnológico, el bien inmueble denominado "Huerta Noble", en la Redondela, Isla Cristina (Huelva). Este recurso se resolvió posteriormente por parte de la Consejería de Cultura el día 1 de septiembre de 2004, desestimando expresamente el recurso de reposición, ampliándose el recurso interpuesto¹³⁶.

*La recurrente afirma que "Es dueña de un bien inscrito denominado "Huerta Noble", que consta de un conjunto de edificios, que incluye un columbario, y otras edificaciones (capilla, antiguas viviendas, huerta etc) adosadas o exentas, rodeados de tierras que se explotan en actividades agrícolas. Impugna la Orden de inscripción, sustancialmente, por estimar que es nula o anulable por infringir las normas constitucionales y legales sobre procedimiento administrativo, motivación de los actos y el control de legalidad de la actuación administrativa"*¹³⁷.

Señala la actora que el procedimiento se inició "para inscribir un único bien, el columbario de La Huerta Noble", y finaliza inscribiendo "La Huerta Noble", que incluye más bienes". Dispone la Sentencia que: "... de los diversos actos del procedimiento y de los informes incorporados, la finalidad expresa siempre fue la de inscribir eventualmente el conjunto que incluye las diversas edificaciones que rodean el columbario, y no sólo éste". No existe por lo tanto "discrepancias entre el fin del expediente y el objeto que se protege con la Orden recurrida, en todo caso, lo que se produce durante la tramitación es la concreción de los bienes que van a ser protegidos, que es precisamente la finalidad del expediente, y que se desprende del art. 29 de la Ley 1/1991 y artículos 35 y 36 del Decreto 19/1995, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía"¹³⁸.

Por tanto, la Resolución de la administración "... no es arbitraria y existe motivación de la misma. Además, la finalidad perseguida, los informes emitidos y la resolución final son coherentes entre sí y se dirigen a la protección de un determinado lugar, que incluye un conjunto de bienes, no sólo el columbario, que no es un edificio aislado –sino que forma parte de un conjunto que debe ser igualmente protegido e incluido en la inscripción-. Incluso de la lectura de la demanda se desprende que los bienes anexos y cercanos al columbario de la históricamente constituyen un conjunto, y así lo justifica el nº 11 de la Resolución recurrida, su Anexo (descripción del bien), o el informe de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, entre otros documentos expresos"¹³⁹.

¹³⁶ F. J. 1º de la Sentencia del TSJ de Andalucía, Sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 26 de octubre de 2007, Recurso 437/2004.

¹³⁷ F. J. 2º de la Sentencia del TSJ de Andalucía, de 26 de octubre de 2007.

¹³⁸ F. J. 3º de la Sentencia del TSJ de Andalucía, de 26 de octubre de 2007.

¹³⁹ F. J. 4º de la Sentencia del TSJ de Andalucía, de 26 de octubre de 2007.

Concluye señalando la Sentencia que: *“no existe discrecionalidad en la actuación administrativa. El expediente incluye los necesarios informes, no desvirtuados por las alegaciones de la recurrente, que fundamentan el acto. Por otra parte, no se vincula en la Ley 1/1991 de Patrimonio Histórico andaluz la protección de los bienes con el mantenimiento actual de la forma de vida que en ellos se desarrolló, sino en la existencia de valores etnológicos, artísticos, históricos etc (art. 2 de la Ley 1/1991), que, en éste caso, se dan no sólo en el columbario sino en el resto de bienes inscritos”*¹⁴⁰. Por todo lo cual, desestima el recurso interpuesto.

Conclusiones:

Que la legislación promulgada en España a nivel estatal en relación a la protección del Patrimonio Etnográfico es deficiente y no protege de forma adecuada el citado patrimonio.

Que es por ello que, las medidas de tutela adoptadas en relación con el Patrimonio Etnográfico resultan deficientes y poco satisfactorias, haciendo especial referencia a la tutela administrativa de aquellos bienes que están en peligro de extinción, a pesar de lo cual, sólo se limita a la protección de éstos bienes a través del estudio y documentación de los mismos.

Que en la misma situación se encuentra la legislación que inicialmente se promulgo en las Comunidades Autónomas, protegiéndose de forma muy deficiente el Patrimonio Etnográfico.

Que consideramos que es fundamental adaptar la legislación nacional y autonómica al Convenio de la UNESCO de 2003 con el fin de poder llegar a proteger de forma efectiva el Patrimonio Etnográfico.

Que a nivel autonómico, Andalucía sí ha promulgado recientemente una nueva Ley en la que sí podemos señalar que se protege de forma eficiente el Patrimonio Etnográfico.

Que se han desarrollado distintos Proyectos con el fin de proteger el Patrimonio Etnográfico de Andalucía. Podemos resaltar que han logrado que distintas actividades de interés etnográfico hayan entrado en el Catálogo General del Patrimonio Inmaterial de la UNESCO. Además, cuentan con un Atlas del Patrimonio Inmaterial de Andalucía, cuyo fin principal ha sido el de registrar, documentar, difundir y salvaguardar el citado Patrimonio.

Que en el País Vasco existe un Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural del País Vasco (2011) que tiene grandes deficiencias en la protección del Patrimonio Etnográfico. Estas deficiencias han sido detectadas, también, por parte del Consejo Económico y Social Vasco que informó el Anteproyecto.

Que se han desarrollado en el País Vasco distintos Proyectos a lo largo de los últimos años que entendemos que son insuficientes.

¹⁴⁰ F. J. 5º de la Sentencia del TSJ de Andalucía, de 26 de octubre de 2007.

Que ya en el año 2003 se elaboró un Informe sobre el Patrimonio Etnográfico del País Vasco en el que se destacan las fortalezas, riesgos, amenazas, debilidades, oportunidades y líneas de actuación, que no ha sido posteriormente desarrollado.

Que a pesar de estar todas las administraciones autonómicas competentes implicadas en la protección del Patrimonio Etnográfico vasco, tenemos la certeza de que no se han realizado avances en la protección del citado patrimonio.

Que por todo ello, entendemos que el Anteproyecto debe ser desarrollado eficientemente en el ámbito del Patrimonio Etnográfico con el fin de que el texto final regule de forma eficiente la protección que se merece el citado patrimonio.

Que con el fin de lograr que la nueva legislación autonómica vasca proteja de forma suficiente el Patrimonio Etnográfico, se puede tener en consideración la protección que se contiene en la reciente legislación de Andalucía o de Cantabria.

Bibliografía

- ALONSO IBÁÑEZ, M. del R. *El patrimonio histórico, Destino público y valor cultural*, 1992.
- AGUDO TORRICO, J. "Patrimonio etnográfico: recreación de identidades y cuestiones de mercado", en *Revista Andaluza de Antropología*, nº 2, Patrimonio cultural y Derechos colectivos. 2012.
- AGUDO TORRICO, J. "Patrimonio y derechos colectivos", en V. Quintero y E. HERNÁNDEZ (coord.) *Antropología y patrimonio: investigación, documentación e intervención*. 2003.
- AGUDO TORRICO, J. "Patrimonio Etnológico: recreación de identidades y cuestiones de mercado", en GEMA CARRERA, GUNTHER DIETX (Coords) *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, 2005.
- AGUDO TORRICO, J. "Patrimonio cultural y discursos de identidad", en KEPA FERNÁNDEZ DE LARRINOA, (ed.) *Intervención y vínculo. Reconstrucción social y peritaje antropológico en la administración pública e industria cultural del ocio*. Pamplona: Universidad del País, 2006.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico español*. 1990.
- BECERRA GARCÍA, J. M. "La legislación española sobre Patrimonio Histórico, Origen y Antecedentes. La Ley de Patrimonio Histórico andaluz", en *V Jornadas sobre Historia de Marchena. El Patrimonio y su Conversión*, Celebradas del día 6 al 9 de octubre de 1999.
<http://www.bibliotecaspublicas.es/marchena/revistas/133/revista.htm>. (23-05-2012).
- CARRERA, G. "Iniciativas para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial en el contexto de la Convención UNESCO 2003: una propuesta desde Andalucía", En Ministerio de Cultura, Patrimonio Cultural en España, O, *El patrimonio Inmaterial a Debate*, Madrid, 2009.
- CARRERA, G. "Atlas del Patrimonio Inmaterial Andaluz. Puntos de partida, objetivos y criterios técnicos y metodológicos", en *Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, nº 71, Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Sevilla.
- CASTILLO RUIZ, J. *El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural*, 1997.

- FERNÁNDEZ, T. R. "La legislación española sobre el Patrimonio Histórico-Artístico. Balance de la situación de cara a su reforma", en *Revista Española de Derecho Urbanístico*, nº 60. 1978.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, M. *Cincuenta años de Protección del Patrimonio Histórico-Artístico 1933-1983*. 1993.
- GARCÍA ESCUDERO, E. *El patrimonio artístico y cultural*, 1987.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. "Consideraciones sobre el Patrimonio artístico, histórico y Cultural", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 39. 1983.
- GARCÍA GÓMEZ, J. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008, p. 472;
- HERNANDO COLLAZOS, I, "La etnografía y propiedad intelectual. Pinceladas sobre los retos legales planteados", en TORRES RIPA, J. y GÓMEZ HENDANDO, J. A., (Coords), *El Copyright en cuestión*, Serie Derecho, volumen 93.
- LABACA ZABALA, M. L. "La identificación de los Agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales y la OMPI", en *RIIPAC, Revista sobre Patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial*, nº 1, 2012. Ver:
<http://www.eumed.net/rev/riipac/01/bienes-culturales-inmateriales.pdf>.(25-05-2013).
- MARTÍNEZ, L. P. "La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 7, junio 2011.
- MINGOTE CALDERÓN, J. L. "A propósito de la terminología que define al 'patrimonio etnográfico en la legislación española", en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Número 8, 2004
- PÉREZ GALÁN, B. "Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre las figuras legales de protección", en *Revista de Antropología Experimental*, Número 11, 2011.
- PLATA GARCÍA, F. y RIOJA LÓPEZ, C. "El efecto dominó en el patrimonio etnográfico", en CARRERA GARCÍA, G y DIETZ, G., (Coords), *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- VELASCO MAILLO, M. "El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor", en C. R. FERNÁNDEZ LIESA H. M. (Dirs) *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Constitución y Leyes S. A., Madrid, 2009.



LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y LA ACTIVIDAD ECONOMICA EN TORNO AL PATRIMONIO CULTURAL

María Pilar RODRÍGUEZ ALVAREZ^{1*}

RESUMEN: Exposición de las particularidades de los principios cooperativos y de las características de la regulación de las Sociedades Cooperativas, dentro de la Economía Social, que las hacen especialmente aptas para desarrollar actividades económicas relacionadas con el Patrimonio Cultural.

ABSTRACT: Exposure of the cooperatives principles and the characteristics of the regulation of Cooperatives Societies within the Social Economy which make them particularly suitable for developing economic activities related to Cultural Heritage

PALABRAS CLAVE: Patrimonio Cultural -Bienes culturales inmateriales- Economía Social- Sociedades Cooperativas- Ley de Cooperativas de Euskadi- Ley General de Cooperativas

KEYWORDS: Cultural Heritage - Immaterial Cultural Heritage - Social Economy – Cooperatives Societies - Cooperative Law of Basque Country- Cooperative Law of Spain.

* Profesora Colaboradora de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Arbitro del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi. Miembro de GEZKI (Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco).

En caso de cita: RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, María Pilar: "Las sociedades Cooperativas y la actividad económica en torno al Patrimonio cultural", en *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 149 -175 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>.]

SUMARIO. 1. Planteamiento inicial. 2. Las Entidades de la Economía Social. 3. La elección de la sociedad cooperativa entre las entidades de economía social. 3.1. La definición de la sociedad cooperativa y los principios cooperativos. 3.2. Régimen jurídico del socio cooperativista. Socios colaboradores. 3.3. Régimen económico de la cooperativa y fondos cooperativos irrepartibles. 3.4. Promoción y fomento de las sociedades cooperativas y régimen fiscal especial. 3.5. Tipología de las sociedades cooperativas. 3.6. Cooperativas de utilidad pública y de iniciativa social. 4. Bibliografía.

1. Planteamiento inicial

El Patrimonio Cultural Inmaterial se puede definir como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

Este Patrimonio Cultural Inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentido de identidad y continuidad².

A partir de este patrimonio, las industrias culturales producen y distribuyen bienes o servicios culturales de indudable interés no sólo cultural sino monetario.

Partiendo así de la importancia económica potencial de este patrimonio, es innegable la conveniencia de potenciar actividades que lo pongan en valor, lo conserven y difundan pero también que constituyan el objeto social de empresas aptas para generar empleo y riqueza allí donde se implanten.

En las definiciones reseñadas destaca además la importancia que adquiere la “Comunidad” como portadora, creadora y poseedora de sus manifestaciones inmateriales.

Pues bien, el carácter colectivo de esa titularidad sobre los bienes culturales inmateriales hace aconsejable reflexionar acerca de que entidades resultan más aptas para desarrollar actividades económicas cimentadas en tales bienes sin desvirtuar su esencia colectiva y reintegrando a la comunidad, al menos en parte, el beneficio obtenido de utilizar un patrimonio inmaterial que a ella pertenece.

Frente a la falta de adecuación de las sociedades mercantiles tradicionales para conseguir tales objetivos (ya en que dichas entidades primará siempre el interés de los socios en maximizar el beneficio) existe una categoría jurídica de entidades caracterizadas por que en su desarrollo y actuación deben primar tanto el interés

² Estos conceptos pueden consultarse en detalle en Labaca Zabala, L. “La identificación de los agentes de la Propiedad Intelectual de los bienes culturales inmateriales y la OMPI”, RIIPAC, Nº 1 - NOVIEMBRE 2012, Pag. 34 y sigs. [en línea] www.eumed.net/rev/riipac

colectivo de sus miembros como el interés general, económico o social de la comunidad. Nos referimos a las denominadas entidades de la economía social.

2. Las Entidades de la Economía Social

Cuando haya que optar por elegir qué tipo de entidades resultan más adecuadas para desarrollar actividades económicas relacionadas con el Patrimonio Cultural hay que tener principalmente en cuenta las cooperativas, asociaciones, mutualidades o fundaciones³, que actualmente son contempladas en la Ley 5/2011, de Economía Social.

En dicha Ley, se persigue el doble objetivo⁴ de establecer un marco regulador común (en muchos casos existen competencias autonómicas sobre tales materias) y medidas de fomento a favor de las citadas entidades⁵ precisamente por integrar la llamada economía social.

³ En concreto, según el artículo 5,1 de la Ley de Economía Social forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior. Con mayor detalle Paz Canalejo, N. "Entidades de la economía social I" en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. págs. 87 a 157. TOL2.554.575. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

⁴ Para más detalle: Paz Canalejo, N. "Objeto" en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. págs. págs. 21 a 34 TOL2.554.552. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

⁵ El fomento y la difusión de la economía social (como establece el artículo 8 de la Ley de Economía Social) suponen para el poder legislativo, tanto estatal como autonómico en sus respectivos ámbitos de competencia, atender a los siguientes imperativos:

1. Se reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas.
2. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, tendrán como objetivos de sus políticas de promoción de la economía social, entre otros, los siguientes:
 - a) Remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades de la economía social. Para ello se prestará especial atención a la simplificación de trámites administrativos para la creación de entidades de la economía social.
 - b) Facilitar las diversas iniciativas de economía social.
 - c) Promover los principios y valores de la economía social.
 - d) Promocionar la formación y readaptación profesional en el ámbito de las entidades de la economía social.
 - e) Facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa a los emprendedores de las entidades de economía social.
 - f) Crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social.
 - g) Involucrar a las entidades de la economía social en las políticas activas de empleo, especialmente en favor de los sectores más afectados por el desempleo, mujeres, jóvenes y parados de larga duración.
 - h) Introducir referencias a la economía social en los planes de estudio de las diferentes etapas educativas. Fomentar el desarrollo de la economía social en áreas como el desarrollo rural, la dependencia y la integración social.

Sobre este tema puede consultarse: Paz Canalejo, N. "Fomento y difusión de la economía social" en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 279 a 283. TOL2.554.626. En línea: <http://www.tirantonline.com>

Para materializar tales propósitos la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Economía Social ordena que se establezca un programa de impulso de las entidades de economía social, con

La economía social se define en el artículo 2 de dicha ley como “conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos”⁶.

La especial consideración a que se hacen acreedoras las entidades de economía social se fundamenta en consideración a los fines y principios que les son propios. Tales peculiaridades se centran en que, a diferencia de las sociedades tradicionales, en su desarrollo y actuación deben primar tanto el interés colectivo de sus integrantes como el interés general, económico o social de la comunidad.

Esa diferencia con otras entidades societarias presentes en el mercado se materializa en los principios que imperativamente deben cumplir para nacer y desarrollar su actividad como tales y que son los siguientes:

- a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad, o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.
- b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.
- c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.
- d) Independencia respecto a los poderes públicos⁷

A nivel doctrinal suele sostenerse la capacidad de la Economía Social para lograr una mayor cohesión social y para servir de instrumento de innovación social, de detección rápida y de satisfacción de las necesidades y de asignación de recursos

especial atención a las de singular arraigo en su entorno y a las que generen empleo en los sectores más desfavorecidos. En este aspecto puede consultarse: Paz Canalejo, N. “Programa de impulso de las entidades de economía social” en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. págs. 209 a 236. TOL2.554.615. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

⁶ Sobre este tema, Paz Canalejo, N. “Concepto y denominación” en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. págs. 35 a 54 TOL2.554.573. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

⁷ Artículo 4 de la Ley de Economía Social. Su análisis pormenorizado puede verse en Paz Canalejo, N. “Principios orientadores” en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 63 a 86. TOL2.554.577. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

de forma más eficaz, además de poseer un potencial de crear y desarrollar empleo por encima de los restantes agentes económicos⁸. El propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 19 de febrero de 2009, sobre Economía Social destaca este modelo de empresa por dar primacía a la participación de los actores sociales y de las personas y al desarrollo de la actividad sobre el beneficio individual y por primar la asignación de los excedentes al servicio de la consecución de objetivos como el desarrollo sostenible, el interés de los servicios a los miembros y el interés general⁹.

Por todas las razones citadas en el ámbito de la Unión Europea son múltiples las iniciativas para apoyar e impulsar a este llamado “tercer sector” bien sabedores de las ventajas de toda índole que se derivan de la mayor implantación de estas entidades en su espacio económico¹⁰.

3. La elección de la sociedad cooperativa entre las entidades de economía social

Entre las calificadas legalmente como de economía social son varias, como ya se ha expuesto, las que pueden llevar adelante una actividad de contenido económico de manera similar a cualquier otra empresa. ¿Qué razones nos llevan, pues, a sostener la especial adecuación de la sociedad cooperativa para desarrollar una empresa vinculada el Patrimonio Cultural postergando a las sociedades laborales o a la fundación-empresa?

Las razones en que objetivamente puede basarse tal elección son fundamentalmente tres, que además se encuentran íntimamente interrelacionadas: las específicas características de la configuración legal de la sociedad cooperativa, la especial consideración y protección que, por su misma especial naturaleza, le

⁸ Con mayor detalle Paz Canalejo, N. “Programa de impulso de las entidades de economía social” en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 209 a 236. TOL2.554.615. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

Sobre esta capacidad de las empresas de la economía social para resolver la problemática socioeconómica en mayor proporción que la empresa tradicional resultan de especial interés los recientes números monográficos de la revista española (si bien incluye aportaciones de ámbito internacional, especialmente en relación a Europa y a América Latina) con mayor incidencia en este ámbito, CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa, entre ellos: *Social Enterprises and Social Economy / Empresas Sociales y Economía Social*, CIRIEC Nº 75, Agosto 2012, *Desarrollo sostenible, medio ambiente y economía social*, CIRIEC Nº 61, Agosto 2008, *Innovación y Economía Social*, CIRIEC Nº 60, Abril 2008 y *Economía social y desarrollo rural*, CIRIEC Nº 55, Agosto 2006. Todos ellos en línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>

⁹ La Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009, sobre Economía Social (2008/2250(INI)), parte expositiva, apartado J), dice: «la economía social pone en evidencia un modelo de empresa que no se caracteriza por el tamaño o el sector de actividad sino por el respeto de valores comunes como la primacía de la democracia, de la participación de los actores sociales y de la persona y del objeto social sobre el beneficio individual; la defensa y la aplicación de los principios de solidaridad y de responsabilidad; la conjunción de los intereses de los miembros usuarios con el interés general; el control democrático ejercido por los miembros; la adhesión voluntaria y abierta; la autonomía de gestión y la independencia respecto de los poderes públicos.»

¹⁰ Sobre la situación de la economía social en Europa y las iniciativas adoptadas para su fomento y desarrollo puede consultarse el INFORME *La Economía Social en la Unión Europea* de José Luis Monzón y Rafael Chaves para CIRIEC – Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa [En línea: <http://www.tirantonline.com>]

otorga la ley y las ventajas que todo ello supone para lograr una actuación socioeconómica más positiva para el entorno en el que se desenvuelve.

En efecto, las sociedades cooperativas están regidas por ciertos principios y normas de funcionamiento sustancialmente diferentes de los que presiden las sociedades de capital y ello conlleva inevitablemente un desempeño empresarial también diferente.

Es ya un lugar común, sostener que la cooperativa se caracteriza, en comparación con las sociedades mercantiles tradicionales, por su fuerte arraigo en el entorno, sin que normalmente se den deslocalizaciones empresariales, su contribución a la creación de empleo no precario y su mayor permanencia en el tiempo, como empresa societaria.

Y todo ello no es una visión edulcorada de la realidad, sino una consecuencia lógica de las diferencias estructurales de la sociedad cooperativa.

Si la cooperativa se ajusta con fidelidad a los principios cooperativos, en estas sociedades el elemento primordial en la toma de decisiones no será el capital, ni la maximización a toda costa del beneficio monetario repartible sino el mejor interés de sus miembros, incluyendo la continuidad de la empresa común, logrando la formación de un patrimonio cooperativo colectivo o irrepartible y, en consecuencia, logrando el beneficio no sólo de sus miembros, sino de la comunidad en la que opera y se integra.

Sólo cabe recordar aquí que de entre todas las figuras societarias conocidas y desarrolladas históricamente, la Constitución sólo ha elegido una, la cooperativa, para hacerla destinataria de un específico mandato en su artículo 129.2, que ordena fomentar las cooperativas¹¹.

La potencialidad de la cooperativa no ha pasado desapercibida a la hora de articular empresas en que primen el respeto y desarrollo de bienes y saberes colectivos intangibles y el progreso de la comunidad en que van a desarrollarse.

Así por poner un único ejemplo reciente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Cooperativas y desarrollo agroalimentario» de 11 de julio de 2012 opta por la fórmula cooperativa porque promueve el empleo y la seguridad alimentaria, la participación y la responsabilidad social y la sostenibilidad de los modos de producción y consumo, además de respetar el patrimonio cultural y de identidad local y regional¹².

¹¹ El artículo 129.2 de la Constitución sobre intervención en la economía por los poderes públicos, ordena que: "Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas". Sobre el concepto de Cooperativa y su protección constitucional puede consultarse Vicent Chuliá, F. "CAPÍTULO I.-Introducción" *TRATADO DE COOPERATIVAS* Ed. Trant lo blanch, Valencia, 2013, pag. 111 y sigs.

¹² El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Cooperativas y desarrollo agroalimentario» de 11 de julio de 2012 (Ponente: Carlos Trias Pínto) CESE 1593/2012. En línea: <http://www.eesc.europa.eu>, en sus puntos 1.1 y 1.4 afirma que:

"En la búsqueda de un modelo económico más sostenible, el cooperativismo se erige como una alternativa competitiva y eficiente, que ofrece nuevas respuestas a los desequilibrios de la cadena de

3.1. La definición de la sociedad cooperativa y los principios cooperativos

Ya en el artículo 1.1 de la Ley General de Cooperativas¹³ ésta se define: “la Cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, en los términos resultantes de la presente Ley”.

Todavía más clara en su referencia a su vocación comunitaria resulta la Ley de Cooperativas de Euskadi¹⁴, que en su artículo 1.1-2 establece que: “La cooperativa es aquella sociedad que desarrolla una empresa que tiene por objeto prioritario la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno. La cooperativa deberá ajustar su estructura y funcionamiento a los principios cooperativos, que serán aplicados en el marco de la presente ley. Dentro de ésta actuará con plena autonomía e independencia respecto de cualesquiera organizaciones y entidades, públicas o privadas.”

Los principios cooperativos, no son pues una guía ideal ni una declaración bienintencionada sino una parte integrante de la legislación, que da forma a las reglas e instituciones cooperativas y sirve de criterio interpretativo prevalente en caso de duda.

Dichos principios, en su última versión, modificada tras el Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional¹⁵ en Manchester (1995), son los siguientes:

valor del sector agroalimentario y que, a su vez, promueve el empleo y fomenta las cadenas alimentarias locales, la seguridad alimentaria, la participación y la responsabilidad social”.

“Las cooperativas, a través de sus principios y valores identitarios, contribuyen a unas relaciones comerciales equitativas y sinérgicas que coadyuvan al reequilibrio de la cadena de valor agroalimentaria conjugando intereses, optimizando el valor compartido y cimentando la sostenibilidad de los modos de producción y consumo.”

Respecto a las ventajas competitivas del mercado cooperativo menciona.

3.4.2. Social: la ordenación territorial, el desarrollo rural y la inclusión, el patrimonio cultural y de identidad local y regional, la soberanía y la seguridad alimentaria, la no sobreproducción y la accesibilidad alimentaria, la trazabilidad social de los productos, la no deslocalización de las empresas, la garantía de unos salarios dignos y la mejora de las condiciones de trabajo, la responsabilidad social y el consumo responsable, la salud comunitaria y los estilos de vida saludables, la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones de las instituciones que la representan, etc.

¹³ Generalmente así se denomina a la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que constituye la norma estatal en esta materia.

¹⁴ Ley 4/1993, de 24 de julio, de Cooperativas de Euskadi, desarrollada posteriormente por el Decreto 58/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi. y, respecto de las sociedades cooperativas especiales por la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi y el Decreto 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las Cooperativas de Iniciativa Social

¹⁵ La Alianza Cooperativa Internacional, es una organización no gubernamental, que se constituyó en Londres en 1895 con el fin de dar a conocer la experiencia de Rochdale, difundir sus principios y

1. Principio de puerta abierta o libre adhesión y baja de socios. La consecuencia técnica de este principio hace que la cooperativa se configure como una sociedad de capital variable y potencialmente abierta al ingreso de nuevos socios, socios que podrán desvincularse de ella sin cortapisas.

2. Principio de gestión democrática; se decide por acuerdo de los socios detentando cada socio un voto independientemente de su participación en el capital social. En estas sociedades el elemento primordial en la toma de decisiones no es pues el capital, ni la maximización a toda costa del beneficio sino el mejor interés de sus miembros, incluyendo la continuidad de la empresa común.

3. Principio de participación económica de los socios, cuya retribución va a depender fundamentalmente de su participación en la actividad cooperativizada. En la cooperativa no se pagan dividendos (reparto del beneficio en función de la fracción del capital detentado por el socio), sino que la aportación económica del socio se retribuye mediante intereses, si se pactan, y con el límite que fija la Ley, Los eventuales excedentes de ejercicio, se reparten como «retorno» en proporción a la participación en la actividad social.

4. Principio de autonomía e independencia, en el funcionamiento de la cooperativa. El movimiento cooperativo, como asociacionismo histórico específico, se configura como autónomo respecto del Estado y del sistema económico dominante.

5. Principio de educación, formación y promoción cooperativa, que busca fomentar la formación de los socios y la difusión y extensión de los valores cooperativos.

6. Principio de intercooperación, fomentando el establecimiento de relaciones entre cooperativas, para promover la colaboración de toda índole entre este tipo de empresas.

7. Principio de interés por la comunidad, vinculándose la cooperativa con el entorno en el que se desarrolla.

representar a las cooperativas a nivel mundial. Con mayor detalle puede consultarse <http://www.lca.coop/es>.

En el congreso celebrado por la ACI en 1995, en Manchester, conmemorando su centenario, se aprobó la Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa. En dicha declaración se establece una definición de cooperativa, unos valores en los que se inspira y unos principios o pautas para poner en práctica esos valores como marco normativo que deberían adoptar en su funcionamiento las cooperativas de todo el mundo. Las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. y los socios cooperativistas hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación sociales.

Un exposición más detallada en Fajardo García, G. "CONCEPTO, NATURALEZA, CLASES Y LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS COOPERATIVAS", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *COOPERATIVAS: RÉGIMEN JURÍDICO Y FISCAL*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 13 a 32 TOL2.061.198. En línea: <http://www.tirantonline.com>

El compromiso cooperativo con el entorno en el cual despliega su actividad, es un valor primordial que incluso trasciende el interés de los socios, e incluso el del cooperativismo en general, como lo ha puesto de manifiesto la Declaración de Manchester de la Alianza Cooperativa Internacional¹⁶.

3.2 Régimen jurídico del socio cooperativista. Socios colaboradores.

La exposición del régimen jurídico característico de la cooperativa, se ve considerablemente obstaculizado por la existencia de las numerosas leyes cooperativas autonómicas españolas¹⁷ (en todas las Comunidades Autónomas, excepto las ciudades autónomas Ceuta y Melilla), además de la ley estatal, ya que las Comunidades Autónomas ostentan competencias exclusivas para regular las sociedades cooperativas.

Por tanto, optaremos por circunscribir esta breve exposición a lo preceptuado en las leyes vasca y estatal, la primera se elige en función tanto de nuestra cercanía con ella como por la extensión, importancia y tradición del sector cooperativo en el País Vasco.

En cuanto a la Ley General de Cooperativas aunque su aplicación directa es muy limitada (ya que sólo se aplica a las cooperativas que lleven a cabo las relaciones de carácter cooperativo interno con sus socios en el territorio de más de una Comunidad Autónoma¹⁸) contiene un denominador común, fijando las líneas básicas

¹⁶ El Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) de Manchester, de 1995 añadió como séptimo Principio el de servicio a la comunidad.

¹⁷ Estas Leyes autonómicas serían las siguientes: Euskadi, Ley 4/1993 de 24 de junio (que derogó la de 11 de febrero de 1982); Cataluña, Ley 18/2002, de 5 de julio (que derogó la anterior Ley de 9 de marzo de 1983); Andalucía, Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (que sustituye a la Ley de 2 de mayo de 1985); Comunidad Valenciana, Ley 8(2003 de 24 de Marzo (que sustituye la de 25 de octubre de 1985);, Navarra, Ley Foral 12/1996 de 2 de julio, (que sustituye a la Ley Foral 12/1989 de 3 de julio); Extremadura, Ley 2/1998, de 26 de marzo; Galicia, Ley 5/98 de 18 de diciembre ; Aragón, Ley 9/98 de 22 de diciembre; Comunidad de Madrid, Ley 4/1999, de 30 de marzo; La Rioja Ley 4/2001, de 2 de julio; Castilla y León Ley 4/2002, de 11 abril ; Castilla-La Mancha Ley 11/2010, de 4 de noviembre y Murcia, Ley de Sociedades Cooperativas de Región de Murcia, Ley 8/2006, de 16 de noviembre.

¹⁸ El artículo 2 de la Ley General de Cooperativas establece que: “La presente Ley será de aplicación: A) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla”.

Se observa que en la redacción actual puede sobrepasarse el ámbito de una comunidad y no pasar a ser regida por la ley estatal si la actividad se desarrolla con carácter principal en una sola Comunidades Autónomas, por cuya legislación se regirá. En la redacción anterior (Ley General de Cooperativas 3/1987) el legislador estatal era competente para regular aquellas cooperativas cuya actividad cooperativizada excediera de una Comunidad Autónoma, regla que fue repetidamente cuestionada pero quedó reconocida por el Tribunal Constitucional (STC 72/1983, de 29 de julio; 44/1984 de 27 de marzo; 165/1985 de 5 de diciembre, y 88/1989 de 11 de mayo). Es un hecho no muy conocido que algunas de las cooperativas vascas más famosas, la de consumo Eroski y la de crédito Caja Laboral (actualmente Euskadiko Kutxa), quedaron sometidas a la ley estatal por exceder su actividad cooperativizada el ámbito del País Vasco.

Para comprender cabalmente el reparto competencial, hay que diferenciar el objeto social, actividades a las que se va a dedicar la cooperativa, como cualquier otra sociedad, de su actividad cooperativizada , es decir su actividad ad intra con los socios, que es la que determina la ley

que configuran en gran medida las legislaciones cooperativas autonómicas, además de su función supletoria, de conformidad con el artículo. 149.3 de la Constitución, para su aplicación en los aspectos no regulados en dichas leyes autonómicas. No obstante cada ley cooperativa autonómica aunque en sus normas primordiales son coincidentes (al fin y al cabo deben adecuarse a las estructuras societarias básicas y a los principios cooperativos) puede contener matices que, en ciertos casos hacen diferir el régimen legal aplicable a la cooperativa¹⁹.

Los tipos de socios se diferencian en función del tipo de cooperativa; de manera simplificada se pueden clasificar las cooperativas según la actividad productiva de sus socios, entre cooperativas de proveedores (en las que sus socios entregan sus productos a la cooperativa para que ésta los comercialice de forma conjunta, como en las cooperativas agrarias) cooperativas de trabajadores (los socios realizan su actividad laboral en la cooperativa para producir bienes y servicios, como en las cooperativas de trabajo asociado) y cooperativas de clientes o usuarios (los socios adquieren los productos o servicios de la cooperativa, como en las cooperativas de consumo o de vivienda)²⁰. Si la actividad cooperativizada incluye las actividades típicas de dos clases de cooperativas se hablaría de cooperativas integrales²¹.

En una cooperativa, son los socios los que democráticamente adoptan las decisiones más relevantes de la vida de la sociedad, bajo el principio general de "un hombre, un voto", sin que influya el importe de su aportación al capital²².

Entre sus obligaciones destacan la de participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos, si bien el Consejo Rector podrá liberar de dicha obligación al socio según las circunstancias cuando exista causa justificada. y participar en el gobierno de la sociedad, aceptando los cargos para los que se les elija salvo causa de excusa justificada²³.

aplicable. Un ejemplo paradigmático son las cooperativas de producción, como las de trabajo asociado, en las que su objeto social, su actividad económica, se desarrolla para el mercado, mientras que la actividad cooperativizada consiste en la prestación de trabajo por los socios.

¹⁹ Para agilizar la exposición se facilitará la referencia de textos que realizan la exposición pormenorizada de los diferentes regímenes normativos y sus eventuales diferencias.

²⁰ Todas ellas son consideradas cooperativas de primer grado; si la mayoría de socios son otras cooperativas de grado inferior estaríamos ante sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado. Para una exposición más detallada puede consultarse Fajardo García, G. "CONCEPTO, NATURALEZA, CLASES Y LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS COOPERATIVAS", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 13 a 32 Documento TOL2.061.198 En línea: <http://www.tirantonline.com>.

²¹ A menudo son de este tipo las cooperativas de enseñanza, con socios de trabajo –profesores- y socios usuarios.-alumnos o padres de alumnos.-En el País Vasco, las cooperativas de enseñanza, *Ikastolas*, han sido pioneras en la enseñanza y promoción de la lengua y cultura vascas.

²² Las leyes de cooperativas suelen permitir el voto plural si los estatutos prevén tal posibilidad en cooperativas de primer grado sólo para los socios que sean a su vez cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas. En general se admite el voto plural para las cooperativas de segundo grado si así lo prevén los estatutos pero el voto será proporcional a la participación de las entidades socias) en la actividad cooperativizada y/o al número de socio activos que integran las entidades miembros, si bien suelen establecer límites para que un socio no puede ostentar la mayoría de votos sociales

²³ Para más detalle, puede consultar Vargas Vasserot, C. "Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*,

Dentro de la estructura orgánica de la sociedad cooperativa la Asamblea General es el órgano soberano de expresión de la voluntad social. Una buena parte de su régimen jurídico así como el del órgano de administración colegiado, denominado Consejo Rector²⁴, se ve influido por los modelos societarios de las sociedades de capital, pero aún así la legislación cooperativa subraya las facultades de decisión de la Asamblea.

Así, junto a las competencias societarias tradicionales de la Asamblea General, (examinar la gestión social, aprobar las cuentas anuales, y aplicar los excedentes disponibles o imputar las pérdidas, nombramientos y destituciones, modificaciones societarias...) se le reserva en exclusiva la facultad de fijar la «política general» de la gestión, y de dar instrucciones al Consejo Rector y la de deliberar y tomar acuerdos sobre las decisiones de gestión económica de mayor trascendencia, que quedan excluidas del ámbito de poder de los administradores²⁵.

Debe adoptar, pues, toda decisión que suponga una modificación sustancial de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la cooperativa y la constitución de cooperativas de segundo grado y de grupos cooperativos o la incorporación a éstos si ya están constituidos, la participación en otras formas de colaboración económica y la adhesión a entidades de carácter representativo así como la separación de las mismas²⁶.

Ahora bien, si la cooperativa se dedica a una actividad económica enlazada al Patrimonio Cultural de una comunidad, sea su objeto de enseñanza o difusión cultural, sea de producción de bienes o servicios fundamentados en dicho patrimonio inmaterial, puede darse el caso de que existan entidades (como las instituciones, asociaciones, fundaciones y organismos que deben procurar la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial en su territorio) que deseen colaborar aportando recursos materiales o prestando su experiencia o conocimiento. Puede tratarse de entidades locales, otras entidades públicas con finalidades relacionadas con el objeto social (culturales, medioambientales, turísticos, agrarios, de desarrollo local...) o también de asociaciones o fundaciones privadas.

Como contrapartida a su aportación lo habitual sería integrarse en la Cooperativa como socio, lo que les proporcionaría no sólo una información adecuada y la

Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 89 a 110 TOL2.061.207. En línea: <http://www.tirantonline.com>

²⁴ Salvo que los Estatutos prevean un Administrador único, lo que sólo es factible en las cooperativas de menos de diez socios. Por lo demás, el Consejo Rector de la Cooperativa tiene un régimen similar al del Consejo de administración de la Sociedad Anónima,

²⁵ El artículo 21.1 de la Ley General de Cooperativas puntualiza que: "La Asamblea General fijará la política general de la cooperativa y podrá debatir sobre cualquier otro asunto de interés para la misma, siempre que conste en el orden del día, pero únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social.

No obstante lo anterior, y salvo disposición contraria de los Estatutos, la Asamblea General podrá impartir instrucciones al Consejo Rector o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos."

²⁶ Artículo 21, 2 de la Ley General de Cooperativas y con dicción muy similar artículo 31 de la Ley de Cooperativas de Euskadi.

posibilidad de controlar mejor la actividad que efectivamente se lleva a cabo sino también la posibilidad de decidir en Asamblea el rumbo de la sociedad.

Pero existe la dificultad de que tales entidades por su propia naturaleza no pueden realizar la actividad cooperativizada por sí mismas. Existe no obstante una figura específica en la legislación cooperativa especialmente apta para esta necesidad, la del socio colaborador.

Se trata de personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución, si bien para evitar un exceso de influencia en ningún caso sus aportaciones podrán exceder del cuarenta y cinco por ciento del total de las aportaciones al capital social, ni el conjunto de sus votos podrán superar el treinta por ciento de los votos en los órganos sociales de la cooperativa²⁷.

Esta figura también puede ser de interés para aquellos socios que no puedan seguir desarrollando la actividad cooperativizada pero no desean desvincularse de la cooperativa, sino seguir colaborando con ella.

La Ley de Cooperativas de Euskadi se pronuncia en un sentido similar, sobre esta figura de los “colaboradores” y los define como aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, sin poder realizar plenamente el objeto social cooperativo, puedan colaborar en la consecución del mismo²⁸.

²⁷ El artículo 14 artículo 1.1 de la Ley General de Cooperativas prevé;

“Los Estatutos podrán prever la existencia de socios colaboradores en la cooperativa, personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución.

Los socios colaboradores deberán desembolsar la aportación económica que determine la Asamblea General, la cual fijará los criterios de ponderada participación de los mismos en los derechos y obligaciones socioeconómicas de la cooperativa, en especial el régimen de su derecho de separación. Al socio colaborador no se le podrán exigir nuevas aportaciones al capital social, ni podrá desarrollar actividades cooperativizadas en el seno de dicha sociedad.

Las aportaciones realizadas por los socios colaboradores en ningún caso podrán exceder del cuarenta y cinco por ciento del total de las aportaciones al capital social, ni el conjunto de los votos a ellos correspondiente, sumados entre sí, podrán superar el treinta por ciento de los votos en los órganos sociales de la cooperativa.

Podrán pasar a ostentar la condición de socios colaboradores aquellos socios que por causa justificada no realicen la actividad que motivó su ingreso en la cooperativa y no soliciten su baja”.

Al no participar en la actividad cooperativizada tampoco tienen derecho al retorno cooperativo. En ciertos casos el interés de esas entidades por participar podría satisfacerse también incorporándose a una Sociedad cooperativa de Segundo Grado, que son las integradas por cooperativas, pero también por otras personas hasta un total del 45% del total de socios, que tienen por objeto promover, coordinar y desarrollar fines económicos comunes, pero, también, reforzar e integrar la actividad económica de los mismos.

²⁸ Artículo 19.2 de la Ley de Cooperativas de Euskadi. En su apartado tres menciona expresamente a los entes públicos con personalidad jurídica, que podrán ser socios cuando el objeto de la cooperativa sea prestar servicios o realizar actividades relacionadas con las encomendadas a dichos entes, siempre que tales prestaciones no supongan ni requieran el ejercicio de autoridad pública. Sobre el voto proporcional cuando coexisten con otras clases especiales de socios puede consultarse el artículo 18 del [Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi](#).

En cambio, si un socio quiere seguir en la sociedad sin realizar la actividad cooperativizada deberá convertirse en socio inactivo, regulado en el artículo 30 de la Ley de Cooperativas de Euskadi.

3.3 Régimen económico de la cooperativa y fondos cooperativos irrepartibles

Para adquirir la condición de socio es necesario en todo caso realizar la aportación al capital social²⁹ establecida por la Asamblea General; también es obligación de todos los socios participar en la actividad cooperativizada. En los casos de los socios trabajadores - o los socios de trabajo³⁰ - han de prestar su actividad laboral en la cooperativa.

Los socios reciben unos beneficios económicos por su participación en la actividad económica de la cooperativa. Puede hablarse de una retribución anticipada vía precios o anticipos

Los socios consumidores obtienen ventajas económicas mediante el cobro de mejores precios en las compras que hacen a la cooperativa.; a los socios proveedores, se les recompensa mediante el pago por los productos entregados a la cooperativa, por los que recibe mejores precios a los que se obtendrían si el socio los ofreciera directamente en el mercado.

Los socios de trabajo y a los socios trabajadores, se benefician mediante el cobro por la prestación de su trabajo a la cooperativa (los llamados anticipos laborales) de cuantías normalmente superiores a las habituales en el mercado.

En cambio, la aportación al capital sólo se puede remunerar en caso de que haya excedentes positivos en un ejercicio y mediante el pago de intereses, cuya cuantía está legalmente limitada³¹.

En caso de que la cooperativa obtenga resultado positivo, y sólo tras haber dotados los fondos sociales y aplicados los impuestos correspondientes, la cantidad disponible puede repartirse a los socios. A esta cantidad (que equivaldría al dividendo en las sociedades de capital) se denomina "retorno cooperativo". Si se acuerda repartirlo en todo o en parte, el criterio de distribución deberá basarse en la proporción a la actividad que cada socio ha realizado con la cooperativa y nunca en su participación en el capital social (artículo 58 de la Ley General de Cooperativas)³².

²⁹ El capital social forma parte de los fondos propios al representar valores patrimoniales comprometidos para el desarrollo de la empresa cooperativa. En ciertos supuestos de rescisión de la relación societaria, como la baja del socio o la extinción de la sociedad el socio puede tener un derecho de rescate de sus aportaciones (si no son del tipo no reintegrable), mecanismo que deriva del principio básico del cooperativismo de puertas abiertas y, consecuentemente, de variabilidad del capital social.

³⁰ Los socios de trabajo equivalen a los socios trabajadores en las cooperativas que no sean de trabajo asociado. Por esa prestación los socios trabajadores y de trabajo tienen derecho a percibir anticipos laborales en cuantía similar a las retribuciones normales en la zona y sector de actividad.

³¹ Según el artículo 48 de la Ley General de Cooperativas "La remuneración de las aportaciones al capital social estará condicionada a la existencia en el ejercicio económico de resultados positivos previos a su reparto, limitándose el importe máximo de las retribuciones al citado resultado positivo y, en ningún caso, excederá en más de seis puntos del interés legal del dinero".

Parecida es la dicción del artículo 60 de la Ley de Cooperativas de Euskadi, si bien admite el pago también cuando existan reservas de libre disposición suficientes para satisfacerla.

³² Para consultar con más detalle la complejidad de este régimen puede verse Gadea Soler, E, "RÉGIMEN ECONÓMICO Y FINANCIERO II. LOS RESULTADOS DEL EJERCICIO

Uno de los aspectos más característicos de la cooperativa, que además resulta determinante para calificarla como empresa de economía social³³, es la regulación de fondos cooperativos obligatorios, que se alimentan fundamentalmente con los resultados obtenidos y no distribuidos por la sociedad, y suponen la formación de un patrimonio cooperativo colectivo o irrepartible³⁴.

Existen dos tipos de fondos específicos; el Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Educación y Promoción, al margen de otras posibles reservas voluntarias, que pueden ser disponibles o no a voluntad de la sociedad. En general, los Fondos Obligatorios de las Cooperativas están intrínsecamente unidos a los objetivos defendidos por los principios cooperativos, es decir, cubrir las necesidades sociales y económicas de los miembros presentes y futuros (al colaborar a la continuidad de la empresa y por ello a mantener la naturaleza intergeneracional de las cooperativas) y contribuir al interés general.

Las características específicas de estos fondos así como las normas particulares que rigen su funcionamiento potencialmente pueden incrementar el desarrollo económico, el desarrollo local y la cohesión social, y por consiguiente la necesidad de un menor gasto social público en el entorno territorial cooperativo³⁵.

El "Fondo de Reserva Obligatorio" tiene como función principal la de reforzar el patrimonio social y facilitar la financiación de la sociedad, según el artículo 55 de la ley estatal y del muy similar artículo 68 de la Ley de Cooperativas de Euskadi, su finalidad es "la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa"³⁶. Pero esta

ECONÓMICO", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs.175 a 190 TOL2.064.157. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

³³ Se considera también uno de los principales fundamentos que se aducen para defender el régimen fiscal especial de las cooperativas, que se expondrá posteriormente.

³⁴ En caso de liquidación de la cooperativa se reintegrará a los socios (únicamente el importe de sus aportaciones al capital social y de su participación en los Fondos de reserva voluntarios que tengan carácter repartible, si existen; el sobrante (en el que estará el importe subsistente de los fondos obligatorios) se pondrá a disposición, según la ley general, de la cooperativa o entidad federativa que se designe o de la Confederación Estatal de Cooperativas correspondiente; la ley vasca ordena su entrega al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

³⁵ "Se puede constatar que los socios en épocas de crisis apoyan, de forma más intensiva las inversiones en la cooperativa, contribuyendo a la estabilidad económica del territorio y aportando cierto nivel de equilibrio ante la fluctuación de los ciclos económicos y la incertidumbre que ello genera. La gestión democrática y participativa de estas sociedades genera una menor conflictividad laboral y, en consecuencia, una "paz social" que implica también un menor coste para la Administración. Se puede afirmar que la función cohesionadora de las cooperativas alivia la carga presupuestaria de la Administración. La función de prestación de servicios sociales de muchas cooperativas complementa o coadyuva a la actuación de la Administración en este ámbito, mediante procedimientos de menor coste y mayor eficacia social". Citado de Quiles Boti, F.J: *EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS COOPERATIVAS: ANÁLISIS COMPARADO DE LAS DIVERSAS LEYES DE COOPERATIVAS EN ESPAÑA*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009 TOL1.629.911. En línea: <http://www.tirantonline.com>.

³⁶ La Ley General de Cooperativas en su artículo 55.1 sobre el fondo de reserva obligatorio establece:

El fondo de reserva obligatorio destinado a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa, es irrepartible entre los socios.

Al fondo de reserva obligatorio se destinarán necesariamente:

a) Los porcentajes de los excedentes cooperativos y de los beneficios extracooperativos y extraordinarios que establezcan los Estatutos o fije la Asamblea General, de acuerdo con lo

finalidad estabilizadora de la actúa solo mientras la sociedad, perviva y para colaborar con su continuidad y conservación de la empresa³⁷. En caso de disolución de la sociedad, tradicionalmente, y aún hoy en la mayoría de las leyes españolas, es absolutamente irrepartible.

El Fondo de Educación y Promoción, por su parte, aun persigue más claramente objetivos de interés general, como son la formación y educación de los socios en los principios cooperativos, la promoción de las relaciones intercooperativas y la promoción cultural y profesional del entorno, en concreto y en expresión de la Ley General de Cooperativas, a la “promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental”. Esta última finalidad incluye literalmente la posibilidad de dedicar la dotación de este fondo a la promoción de actividades relacionadas con el patrimonio cultural.

También la Ley de Cooperativas de Euskadi menciona la formación y educación de sus socios y trabajadores en otras materias no relacionadas con el puesto de trabajo, la promoción de las relaciones intercooperativas y la promoción educativa, cultural, profesional y asistencial en el entorno social en que se desenvuelva la cooperativa y en la sociedad en general, y la promoción del uso del euskera, claro ejemplo de patrimonio cultural inmaterial³⁸.

dispuesto en el artículo 58 de esta Ley o el porcentaje de los resultados, caso de optar la cooperativa por la contabilización separada de los resultados cooperativos de los extracooperativos, contemplada en el artículo 57.4 de esta Ley.

b) Las deducciones sobre las aportaciones obligatorias al capital social en la baja no justificada de socios.

c) Las cuotas de ingreso de los socios cuando estén previstas en los Estatutos o las establezca la Asamblea General.

d) Los resultados de las operaciones reguladas en el artículo 79.3 de esta Ley.

³⁷ Según destaca la doctrina el fondo de reserva obligatorio, equivale a la reserva legal de la sociedad de capital y reviste gran importancia en una sociedad de capital variable como es la cooperativa, ya que su estabilidad favorece la conservación y el desarrollo de la empresa. La finalidad de garantía del fondo de reserva obligatorio supone un mecanismo de prudencia puesto que con la reserva obligatoria, dotada en los años con beneficios, deberán compensarse las pérdidas de los ejercicios desfavorables, si no existen otras reservas disponibles. De este modo, dicho fondo tiene la importante función de fortalecer el grado de la financiación de la sociedad cooperativa, mediante el incremento de su solvencia financiera. Sobre este aspecto puede consultarse Quiles Bodí ,F.J: “EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS COOPERATIVAS: ANÁLISIS COMPARADO DE LAS DIVERSAS LEYES DE COOPERATIVAS EN ESPAÑA” Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2009, TOL1.629.911, En línea: <http://www.tirantonline.com>.

³⁸ En la Ley de Cooperativas de Euskadi la regulación del Fondo de Educación y Promoción Cooperativo ha sido sustancialmente reformada por la Ley 6/2008, de 25 de junio. Su nuevo artículo 68, Bis establece:

“1.La contribución obligatoria impuesta sobre los excedentes citada en el apartado 2.b del artículo 67 se destinará, en aplicación de las líneas básicas fijadas por los Estatutos o la Asamblea General, a alguna de las siguientes finalidades de interés público:

a) La formación y educación de sus socios y trabajadores sobre el cooperativismo, actividades cooperativas y otras materias no relacionadas con el puesto de trabajo.

b) La promoción de las relaciones intercooperativas, incluyendo la cobertura de gastos por la participación en entidades creadas para la promoción, asistencia, dirección común o actividades de apoyo entre cooperativas.

c) La promoción educativa, cultural, profesional y asistencial, así como la difusión de las características del cooperativismo, en el entorno social en que se desenvuelva la cooperativa y en la sociedad en general, y la promoción del uso del euskera.

Dada la insuficiencia de medios de muchas pequeñas cooperativas, para el cumplimiento de los fines de este fondo se permite la colaboración con otras sociedades y entidades, a las que podrán aportar, total o parcialmente, su dotación.

Para controlar desviaciones indeseables de estos propósitos, se establece que el informe de gestión anual recogerá con detalle los términos de esa colaboración ya realizada. Para evitar la dilución del importe del fondo en el patrimonio social deberá figurar en el pasivo del balance con separación de otras partidas. Además el importe del fondo que no se haya aplicado o comprometido, deberá materializarse dentro del ejercicio económico siguiente a aquel en que se haya efectuado la dotación, en cuentas de ahorro, en títulos de la Deuda Pública o títulos de Deuda Pública emitidos por las Comunidades Autónomas.

Por último, el carácter colectivo del Fondo de Educación y Promoción se comprueba al declararlo la ley inembargable e irrepartible entre los socios, incluso en el caso de liquidación de la cooperativa³⁹.

d) La promoción de nuevas empresas cooperativas mediante aportaciones dinerarias a una entidad sin ánimo de lucro promovida por el movimiento cooperativo vasco.

2. El destino de esta contribución obligatoria podrá canalizarse, para las finalidades indicadas en las letras a), b) y c) del apartado anterior, a través de aportaciones dinerarias a entidades sin ánimo de lucro o a alguna de las entidades de intercooperación citadas en el apartado 1.b anterior.

Esta entrega a entidades intermediarias estará condicionada a su destino a las finalidades de interés público indicadas, a través de actuaciones de la propia entidad intermediaria o de otras personas físicas o jurídicas a las que dicha entidad destine los recursos recibidos.

3. La cooperativa no tiene poder de disposición sobre esta contribución, más allá de destinarla a las finalidades de interés público indicadas, siendo, en consecuencia, inembargable y debiendo figurar en el pasivo del balance.

4. A los fines previstos para esta contribución se destinarán las sanciones económicas que imponga la cooperativa a sus socios.

5. El importe de la referida contribución que no se haya destinado a las finalidades de interés público indicadas por la propia cooperativa deberá entregarse, dentro del ejercicio económico siguiente a aquel en el que se aprobó la distribución del excedente, a entidades sin ánimo de lucro para su destino a las finalidades de interés público establecidas para esta contribución.”

³⁹ El artículo 56 de la Ley General de Cooperativas establece que:

1. El fondo de educación y promoción se destinará, en aplicación de las líneas básicas fijadas por los Estatutos o la Asamblea General, a actividades que cumplan alguna de las siguientes finalidades:

a) La formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios y valores cooperativos, o en materias específicas de su actividad societaria o laboral y demás actividades cooperativas.

b) La difusión del cooperativismo, así como la promoción de las relaciones intercooperativas.

c) La promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental.

2. Para el cumplimiento de los fines de este fondo se podrá colaborar con otras sociedades y entidades, pudiendo aportar, total o parcialmente, su dotación.

3. El informe de gestión recogerá con detalle las cantidades que con cargo a dicho fondo se hayan destinado a los fines del mismo, con indicación de la labor realizada y, en su caso, mención de las sociedades o entidades a las que se remitieron para el cumplimiento de dichos fines.

4. Se destinará necesariamente al fondo de educación y promoción:

a) Los porcentajes de los excedentes cooperativos o de los resultados que establezcan los Estatutos o fije la Asamblea General contemplados en el artículo 58.1 de esta Ley.

b) Las sanciones económicas que imponga la cooperativa a sus socios.

5. El fondo de educación y promoción es inembargable e irrepartible entre los socios, incluso en el caso de liquidación de la cooperativa, y sus dotaciones deberán figurar en el pasivo del balance con separación de otras partidas

Respecto a la dotación de los fondos cooperativos obligatorios, debe partirse del excedente que resulte de las cuentas anuales, que se aplicará como sigue: se destinará, al menos, el 20 por 100 al fondo de reserva obligatorio y el 5 por 100 al fondo de educación y promoción; esta aportación es una exigencia de mínimos ya que los Estatutos o la Asamblea General pueden fijar una cifra superior, en cuyo caso será ésta último el importe a dotar.

Debe remarcarse también que esta obligación de destinar una parte de los beneficios obtenidos a los fondos cooperativos obligatorios, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de capital en que la obligación cesa al alcanzar las reservas cierta cuantía, no tiene límite temporal y durará tanto como perviva la sociedad.

Si hubiera beneficios extra cooperativos y extraordinarios, netos de pérdidas y de Impuesto sobre Sociedades, se destina se destinará al menos un 50 por 100 al fondo de reserva obligatorio (el resto puede destinarse a retornos a los socios, a reservas voluntarias con carácter repartible o irrepartible o a una dotación añadida voluntaria a fondos obligatorios)⁴⁰.

En esta materia, la regulación de la Ley de Cooperativas de Euskadi sí difiere de la Ley estatal, tanto en el concepto como en el mecanismo de imputación, en que se prima inicialmente la dotación de las reservas para reforzar la consolidación de la cooperativa como empresa.

Hay que tener en cuenta que esta ley ha optado por no distinguir entre resultados, de modo que en su artículo 67 se limita a establecer que, de los “excedentes” (englobando dentro de dicho concepto los “beneficios” de todo tipo y origen, ya que no existe ninguna distinción en la ley) se destinará una cuantía global del treinta por ciento al menos, destinándose como mínimo un diez por ciento al Fondo de Educación y Promoción Cooperativa y un veinte por ciento al Fondo de Reserva Obligatorio. mientras el Fondo de Reserva Obligatorio no alcance un importe igual al cincuenta por ciento del capital social, la dotación mínima establecida en favor del Fondo de Educación y Promoción Cooperativa podrá reducirse a la mitad, es decir, al cinco por cien, incrementando correlativamente la dotación al Fondo de Reserva Obligatorio hasta el veinticinco por cien.

El importe del fondo que no se haya aplicado o comprometido, deberá materializarse dentro del ejercicio económico siguiente a aquel en que se haya efectuado la dotación, en cuentas de ahorro, en títulos de la Deuda Pública o títulos de Deuda Pública emitidos por las Comunidades Autónomas, cuyos rendimientos financieros se aplicarán al mismo fin. Dichos depósitos o títulos no podrán ser pignorados ni afectados a préstamos o cuentas de crédito.

⁴⁰ Como señala la Ley General de Cooperativas en su artículo 58. Para la mejor comprensión de esta norma debe recordarse que la legislación cooperativa tradicionalmente ha diferenciado entre resultados “extracooperativos” (es decir, aquellos provenientes de la actividad realizada con terceros no socios, o los obtenidos de actividades económicas o fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa o los derivados de inversiones o participaciones financieras en sociedades mercantiles o no cooperativas) y resultados “extraordinarios” (los que proceden de plusvalías obtenidas por la enajenación de elementos del inmovilizado). Ambas clases son consideradas conjuntamente como “beneficios”, frente a los “excedentes” (que se corresponden con los resultados estrictamente cooperativo).

Si bien hemos expuesto lo esencial de la regulación del régimen económico de la cooperativa no podemos dejar de advertir un aspecto problemático para los socios, en especial en tiempos de crisis. Aunque los socios no responden personalmente de las deudas sociales, al considerarse que las actividades que la cooperativa desarrolla lo son al servicio o por cuenta y riesgo de los socios, pueden tener que soportar las pérdidas de explotación de forma personal e ilimitada frente a la sociedad, en proporción a su participación en las operaciones realizadas por cada socio con la cooperativa y en la cuantía no compensada por los Fondos sociales; en principio se reducirían sus aportaciones sociales pero si estas resultan insuficientes, deberá aportar la cantidad restante⁴¹.

3.4. Promoción y fomento de las sociedades cooperativas y régimen fiscal especial.

Las Leyes de Cooperativas regulan el régimen de actuación de la Administración Pública en relación con el cooperativismo, tanto en su vertiente de fomento como disciplinaria, estableciendo procedimientos para descalificar a las cooperativas que no cumplan los fines y requisitos de esta forma social, así la Ley General de Cooperativas en sus artículos 108 a 116 y la Ley de Cooperativas de Euskadi en sus artículos 137 a 142).

El nivel de implicación en el desarrollo y fomento del cooperativismo no es homogéneo entre las administraciones de las diferentes Comunidades Autónomas y su exposición excedería con mucho el alcance de estas líneas. Pero lo que sí puede afirmarse es el interés que siempre ha tenido el cooperativismo para el Gobierno Vasco y el protagonismo activo para su fomento, consolidación y expansión que juega el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, se define en el artículo 145.de la Ley de Cooperativas de Euskadi como el máximo órgano de promoción y difusión del cooperativismo, y se configura como una entidad pública de carácter consultivo y asesor de las administraciones públicas vascas para todos los temas que afecten al cooperativismo, gozando de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones de promoción, consultiva, asesora y de colaboración con el sector cooperativo⁴².

Aquí nos limitaremos a destacar dos iniciativas sencillas pero efectivas mediante las que contribuye al buen funcionamiento del sector cooperativo.

La primera, el establecimiento de un sistema de arbitraje institucional, en el que se pueden dirimir con presteza y de manera gratuita los litigios entre cooperativas y de

⁴¹ Tanto la legislación estatal como la vasca contienen reglas en este sentido, pero no todas las leyes autonómicas regulan de igual manera esta materia. Para una exposición más detallada Quiles Boti, F.J:EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS COOPERATIVAS: ANÁLISIS COMPARADO DE LAS DIVERSAS LEYES DE COOPERATIVAS EN ESPAÑA, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009 TOL1.629.911.En línea: <http://www.tirantonline.com>.

⁴² Pueden consultarse sus amplias atribuciones y su actividad de manera más pormenorizada en <http://www.csce-ekgk.com>.

éstas con sus socios, mediante la creación del SVAC, Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi⁴³.

La segunda, la participación en la creación de la cooperativa *ELKAR-LAN, S.COOP*. Se trata de una cooperativa de segundo grado cuyo objeto y finalidad última es la promoción de empresas cooperativas, participada por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, la Confederación de Cooperativas de Euskadi y por *Erkide*, la Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado, Enseñanza y Crédito de Euskadi (que cuenta con unas 785 cooperativas asociadas) y que actúa como dinamizadora del sector cooperativo, colaborando en el surgimiento de nuevas sociedades⁴⁴.

En otro orden de cosas y con alcance ya estatal, hay que referirse al régimen fiscal especial aplicable a las cooperativas, ya que la de una adecuada regulación en materia fiscal puede derivarse poderosos incentivos para optar por el modelo cooperativo y una decisiva herramienta para la continuidad de las empresas cooperativas ya existentes.

Tradicionalmente la fiscalidad en las sociedades cooperativas ha recibido un tratamiento diferenciado respecto al aplicable a otras sociedades que hoy, a nivel estatal, se recoge en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas.

En el País Vasco las Diputaciones Forales de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, tienen competencias fiscales exclusivas de modo que cada uno de los tres Territorios Históricos tiene su propia regulación para las cooperativas domiciliadas en dichos territorios⁴⁵.

Esta normativa tiene una doble justificación, por un lado, adaptar su tratamiento fiscal a las características peculiares del régimen económico de estas entidades (partidas consideradas gastos, dotación de fondos irrepartibles) pero también dotarlas de un marco favorable que fomente las sociedades cooperativas por su función social.

⁴³ Sobre la actividad de este servicio puede consultarse también <http://www.csce-ekgk.com>, en su apartado Servicio de Arbitraje Cooperativo. Sobre el panorama del arbitraje cooperativo en España y su desarrollo en Euskadi puede verse Rodríguez Álvarez M.P. "El Arbitraje Cooperativo" Capítulo XXXI en TRATADO DE COOPERATIVAS, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág. 1627 y sigs.

⁴⁴ *ELKAR-LAN, S.COOP* presta orientación y asesoramiento sobre todo proyecto empresarial que se desee realizar bajo la configuración societaria cooperativa. Y en concreto ofrece los siguientes servicios:

- Análisis de la viabilidad del proyecto.
- Atención personalizada y profesional con los promotores de los proyectos cooperativos hasta su puesta en marcha.
- Información sobre ayudas y subvenciones.
- Asistencia para la constitución de cooperativas y formación cooperativa.
- Tutorización y seguimiento durante el primer año a contar desde su constitución como cooperativa.

Para más detalle puede consultarse <http://www.elkarlan.coop>.

⁴⁵ La legislación aplicable en cada uno de los Territorios Históricos se reseña a continuación: [Norma Foral 2/1997, de 22 de mayo, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas de Gipuzkoa](#), [Norma Foral 9/1997, de 14 de octubre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas de Bizkaia](#) y [Norma Foral 16/1997, de 9 de junio, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas de Araba](#).

Exponiéndolo de manera muy simplificada⁴⁶ para determinar su tratamiento fiscal las sociedades cooperativas se deben clasificar en tres grupos, cooperativas no protegidas, cooperativas fiscalmente protegidas y cooperativas especialmente protegidas.

Las cooperativas que realicen contabilidad conjunta (es decir, sin distinguir resultados extracooperativos) o las que incumplan alguno de los requisitos legales, que vienen a referirse al incumplimiento de diversos preceptos legales imperativos sobre régimen societario y económico de la cooperativa se consideran cooperativas no protegidas⁴⁷.

Si cualquier cooperativa no incumple ninguno de los requisitos reseñados ya alcanza la consideración de cooperativa fiscalmente protegida.

Por último, buena parte de las clases de cooperativas por su objeto (las cooperativas de trabajo asociado, las de consumidores y usuarios, las cooperativas agrarias y las cooperativas de explotación comunitaria de la Tierra y las cooperativas del Mar) se consideran especialmente protegidas.

En el Impuesto sobre Sociedades existen peculiaridades favorables en cuanto a la determinación de la base imponible, la aplicación del tipo impositivo y el cálculo de la cuota íntegra y deducciones.

En la base imponible se ha de diferenciar entre los resultados cooperativos y los extracooperativos. Dentro de las deducciones son significativas las de las aportaciones a los Fondos cooperativos obligatorio (del 100% de la dotación obligatoria al Fondo de Reserva Obligatorio y del 50% de la dotación obligatoria al Fondo de Educación y Promoción).

Respecto al tipo impositivo aplicable a cada tipo de resultado depende de la protección fiscal de la cooperativa; en las cooperativas no protegidas: a todos los tipos de resultados se les aplica el tipo general mientras que en las cooperativas

⁴⁶ Para una exposición más amplia del régimen fiscal aplicable a las cooperativas puede consultarse Alguacil Marí, M. P. "Régimen Tributario I", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 191 a 210 Documento TOL2.064.160. En línea: <http://www.tirantonline.com> y Alguacil Marí, M. P. "Régimen Tributario II" en Fajardo García, G.(Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 211 a 230.TOL2.064.159. En línea: <http://www.tirantonline.com>. También el monográfico *El régimen fiscal de las Sociedades Cooperativas* de CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa, Nº 69, Octubre 2010. En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>

⁴⁷ En concreto, se enuncian los siguientes incumplimientos: falta de dotación de fondos obligatorios, aplicaciones del Fondo de Educación y Promoción a fines diferentes a los previstos en la Ley, distribución entre los socios de fondos de reserva irrepartibles, faltas en la acreditación del retorno cooperativo o de las aportaciones de los socios, imputación incorrecta o falta de imputación de las pérdidas constatadas en las cuentas anuales, exceso en la retribución por aportaciones al capital social, exceso en las operaciones cooperativizadas con terceros, exceso de trabajadores asalariados, número de socios o capital social inferior a los mínimos establecidos, paralización de la actividad cooperativizada, falta de auditoría externa cuando ésta es obligatoria, participación en el capital social de entidades no cooperativas en un porcentaje superior al 10%. (40% si realiza una actividad complementaria).

protegidas y especialmente protegidas, al resultado cooperativo se le aplica el 20% y al resultado extracooperativo el tipo general.

Para el cálculo de la cuota íntegra, las cooperativas especialmente protegidas disfrutan de las siguientes bonificaciones; en general, del 50% en el importe de la cuota íntegra, que se eleva hasta el 90% si la cooperativa está formada por, al menos, la mitad de socios minusválidos, y éstos, en el momento de la constitución de la cooperativa, se encuentran en paro⁴⁸.

Sobre el régimen especial vigente en el País Vasco, en términos generales se asemeja al régimen estatal aunque se regulan de forma diferenciada algunos aspectos no siendo totalmente idéntica la normativa tampoco en los tres territorios. Al no establecer la Ley diferencias entre resultados cooperativos y no cooperativos las leyes fiscales cooperativas de los territorios vascos establecen dos bases imponibles, la normal y la denominada base imponible especial que comprende ciertos rendimientos de capital mobiliario ; también presentan peculiaridades, respecto a los gastos deducibles. En todo caso a las cooperativas protegidas y especialmente protegidas se les aplica un tipo reducido⁴⁹.

3.5 Tipología de las sociedades cooperativas

Las leyes sobre esta sociedad regulan diversas clases de Cooperativas, en las cuales aparecen determinadas modificaciones del régimen general: para una mejor adecuación a la diversidad de opciones en cuanto a la actividad de los socios y al propio objeto social.

Quienes emprendan una actividad de formación, investigación o divulgación del patrimonio cultural o de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios culturales cuentan con un catálogo de subtipos de cooperativa, cada una con características estructurales propias, fruto de una dilatada experiencia de lo que mejor funciona en la práctica, donde elegir el tipo de cooperativa que mejor se adapte a la labor proyectada.

⁴⁸ Sobre las cooperativas y otros tributos, Casana Merino, F."REGÍMENES FISCALES DE LAS COOPERATIVAS Régimen general Las cooperativas y otros tributos" *TRATADO DE COOPERATIVAS* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pag. 1132 y sigs.

⁴⁹ En Álava y en Vizcaya, a la base imponible general de las cooperativas protegidas y especialmente protegidas se les aplica el tipo reducido del 20%. A la base imponible especial se le aplicará siempre el 19%. En Guipúzcoa, a las cooperativas protegidas y especialmente protegidas se les aplicará siempre el tipo reducido del 20%.

No obstante, a aquellas cooperativas que cumplan los requisitos para ser consideradas empresas de reducida dimensión se les aplicará el tipo de gravamen del 18%. Se prevé con carácter general, una bonificación del 50% de la cuota íntegra para las cooperativas especialmente protegidas. Además las normas forales de Vizcaya y Guipúzcoa regulan los beneficios fiscales de las cooperativas de utilidad pública y de interés social, que, si cumplen con ciertos algunos requisitos, se les aplica en el Impuesto sobre Sociedades, el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo lo que implica que estas entidades disfrutan de una exención objetiva en el Impuesto sobre Sociedades que afecta a gran parte de sus rendimientos.

Para una exposición más detallada Montero Simó, M. " REGÍMENES FISCALES DE LAS COOPERATIVAS Regímenes territoriales especiales" *TRATADO DE COOPERATIVAS* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pag. 1149 y sigs.

La Ley General de Cooperativas en sus artículos 80 a 107 va regulando *in extenso* sus distintos tipos: de Trabajo Asociado, de Consumidores y Usuarios, de Viviendas, Agrarias, de Explotación Comunitaria de la Tierra, de Servicios, del Mar, de Transportistas, de Seguros, Sanitarias, de Enseñanza, de Crédito (ésta por remisión a su Ley específica⁵⁰) Integrales y de Iniciativa Social.

Repasaremos someramente las definiciones de los tipos que pueden revestir un mayor interés⁵¹ de cara a la gestión, desarrollo y promoción del Patrimonio cultural colectivo.

Las Cooperativas de trabajo asociado (artículo. 80 de la Ley General de Cooperativas y artículo 99.de la Ley de Cooperativas de Euskadi) tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo asociando principalmente a personas físicas que, mediante su trabajo, realizan cualquier actividad económica o profesional para producir en común bienes y servicios para terceros⁵².

Las Cooperativas de consumidores y usuarios (artículo. 88 de la Ley General de Cooperativas y artículo 105.de la Ley de Cooperativas de Euskadi) tienen como objeto procurar bienes o prestar servicios para el uso o consumo de los socios y de quienes con ellos convivan, así como la defensa y promoción de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, pudiendo ser socios de estas cooperativas las personas físicas y las entidades u organizaciones que tengan el carácter de destinatarios finales.

Para las actividades que pretendan revitalizar los métodos de cultivo tradicionales o la agricultura ecológica pueden ser de interés las Cooperativas agrarias (artículo. 93 de la Ley General de Cooperativas y artículo 109.de la Ley de Cooperativas de Euskadi) que asocian a titulares de explotaciones agrarias, ganaderas., forestales, o mixtas, para la realización de todo tipo de actividades y operaciones encaminadas al mejor aprovechamiento de las explotaciones como comercializar, proporcionar suministros, equipos productivos y servicios o realizar operaciones encaminadas a la mejora, en cualquier área o vertiente económico-social, de las explotaciones de los socios, de sus elementos o componentes, de la propia cooperativa o de la vida en el medio rural.

⁵⁰ Ley 13/89, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito.

⁵¹ Esto no obsta para que los interesados en prácticas de medicina tradicional puedan interesarse por las Cooperativas sanitarias (artículo 102 de la Ley General de Cooperativas y 121 de la Ley de Cooperativas de Euskadi); los volcados en las técnicas constructivas tradicionales en las Cooperativas de viviendas (artículo 89.1 Ley General de Cooperativas y 114 de la Ley de Cooperativas de Euskadi) o quienes practiquen artes pesqueras tradicionales por las Cooperativas del mar (artículo art. 99. de la Ley General de Cooperativas).

⁵² Naturalmente las leyes también establecen, para los socios trabajadores, su régimen disciplinario, de suspensión y excedencia, el régimen de vacaciones, permisos, etc. Suele destacarse el mayor compromiso de esos trabajadores con la empresa como consecuencia de la propiedad compartida que ha demostrado que crean ventajas competitivas en el mercado que le ayudan a soportar mejor la crisis económica. Sobre esta materia puede consultarse López Gandía, J. "La plantilla global de la cooperativa. Socios indefinidos, socios con vínculos de duración determinada y trabajadores externos" *LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006 TOL1.625.402 En línea: <http://www.tirantonline.com>

Pero también se puede optar por las llamadas Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (artículo.94 de la Ley General de Cooperativas y artículo 111.de la Ley de Cooperativas de Euskadi) que asocian a titulares de derechos de uso y aprovechamiento de bienes susceptibles de explotación agraria y que ceden tales derechos, prestando además, o no, su trabajo personal, así como a quienes, sin ceder derechos de disfrute, van a trabajar en la entidad. Tienen por objeto poner en común tierras u otros medios de producción para crear y gestionar una única empresa o explotación agraria. Así, podrán desarrollar cualquier actividad dirigida a tal fin, tanto las dedicadas directamente a la obtención de productos agrarios como las operaciones preparatorias que tengan por finalidad constituir o perfeccionar la explotación en todos sus elementos, funciones y procesos, así como las de recolección y distribución y las conexas y complementarias.

Las Cooperativas de servicios (artículo.98 de la Ley General de Cooperativas y artículos 123-125.de la Ley de Cooperativas de Euskadi que distingue entre servicios profesionales, empresariales e institucionales) son aquellas que asocian a titulares de empresas y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia, y tienen por objeto proporcionar suministros, servicios y prestaciones o realizar operaciones que faciliten, garanticen o complementen dichas actividades de los socios o los resultados de las mismas, en la vertiente económica, técnica, laboral, ecológica, organizativa o funcional.

Para terminar, las Cooperativas de enseñanza (artículo.103 de la Ley General de Cooperativas y artículo 106.de la Ley de Cooperativas de Euskadi) desarrollan actividades docentes, en sus distintos niveles y modalidades, en cualesquiera ramas del saber o de la formación con lo que no hace falta insistir en su virtualidad para la transmisión del patrimonio cultural. Podrán realizar también actividades extraescolares y conexas, así como prestar servicios escolares complementarios y cuantos faciliten las actividades docentes⁵³.

En ocasiones las cooperativas pueden presentar rasgos de varios tipos, denominándose integrales, es decir aquellas que con independencia de su clase, su actividad cooperativizada es doble o plural, cumpliendo las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas en una misma sociedad⁵⁴.

En Euskadi también se da un tratamiento particular a la llamada *sociedad cooperativa pequeña* que es aquella sociedad cooperativa de primer grado

⁵³ La cooperativa de Enseñanza, si lo prevén los Estatutos, podrá tener carácter integral o intersectorial. Cuando asocien a los padres de los alumnos o a los propios alumnos, les serán de aplicación las normas de ley sobre cooperativas de consumo. Los profesores y restante personal del centro podrán incorporarse, bien como socios de trabajo, bien como socios colaboradores; Cuando la cooperativa de enseñanza asocie a profesores y a personal no docente y de servicios, se aplicarán las normas reguladoras de las cooperativas de trabajo asociado, pudiendo asumir la posición de socios colaboradores, entre otros, los alumnos, sus padres así como los ex-alumnos.

⁵⁴ Las cooperativas integrales permiten agrupar en una misma cooperativa lo que podrían ser objetivos de distintas clases. Pueden coexistir distintas actividades en socios de la misma naturaleza: cooperativa de consumo y de viviendas; o bien, pueden coexistir en una misma actividad socios de distinta naturaleza: socios de trabajo con socios consumidores.

perteneciente a la clase de las de trabajo asociado u de explotación comunitaria que tenga un máximo de diez personas socias trabajadoras o socias de trabajo⁵⁵.

3.6. Cooperativas de de utilidad pública y de iniciativa social

La Ley de Cooperativas de Euskadi en su artículo 137.1 reconoce que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco asumen como función de interés social la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades cooperativas y sus estructuras de integración empresarial y representativa. Y que con la finalidad de desarrollar y mejorar los servicios públicos, estimularán la creación de cooperativas con ese objeto. Además en su apartado segundo establece que las entidades cooperativas que contribuyan a la promoción del interés general de Euskadi mediante el desarrollo de sus funciones serán reconocidas de utilidad pública por el Gobierno Vasco conforme al procedimiento, régimen y requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Siguiendo los dictados de dicha norma en Euskadi se ha desarrollado específicamente un tipo de entidad en el sector de los servicios sociales, en el más amplio sentido y en el que puede encontrar espacio el patrimonio cultural colectivo, al referirse expresamente a la realización de actividades educativas y culturales y a la cobertura de necesidades sociales que el mercado no atiende⁵⁶.

Las cooperativas de iniciativa social se definen como aquellas cooperativas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado⁵⁷.

Es esencial para acceder a esta categoría la ausencia de ánimo de lucro que deberá quedar reflejada en el diseño estructural contenido en sus Estatutos y que supone la limitación legal a las retribuciones por trabajo y del interés por las aportaciones, la no repartibilidad de los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico y el carácter gratuito de los cargos del Consejo Rector⁵⁸.

⁵⁵ Básicamente se trata de establecer un régimen más sencillo en virtud de su pequeño tamaño. Vid. la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi.

⁵⁶ Esta clase de cooperativa se desarrolla en el DECRETO 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las Cooperativas de Iniciativa Social.

⁵⁷ La Ley General de Cooperativas en su artículo 106 también las define como “aquellas cooperativas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado”. Sin embargo no las desarrolla mediante una regulación especial.

⁵⁸ El artículo 2 del citado Decreto, sobre carencia de ánimo de lucro establece: A los efectos previstos en el artículo anterior serán consideradas como Sociedades Cooperativas sin ánimo de lucro las que en sus Estatutos recojan expresamente:

- a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios.
- b) Que las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán

Por su parte, dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 137.2 de la Ley de Cooperativas de Euskadi se dictó el Reglamento de sociedades cooperativas de utilidad pública del País Vasco⁵⁹ donde que “se considerarán Sociedades Cooperativas que sirven al interés general de Euskadi aquellas en cuyo objeto social sean primordiales los siguientes fines: asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos y de investigación, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, defensa del medio ambiente, fomento de la economía social, fomento de la paz social y ciudadana, o cualesquiera otros fines de naturaleza análoga” (Artículo 3).

Dicha calificación supone gozar de las exenciones, bonificaciones, subvenciones y demás beneficios de carácter económico, fiscal y administrativo que en cada caso se acuerden (Artículo 4) y para obtenerla deberán cumplir con los fines estatutarios citados y carecer de ánimo de lucro, en términos bastante similares a los más arriba comentados⁶⁰.

devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas.

c) El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los Consejeros en el desempeño de sus funciones.

d) Que las retribuciones de los socios trabajadores, o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el ciento cincuenta por ciento de las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional, establezca el Convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector. informe de gestión recogerá con detalle las cantidades.

⁵⁹ DECRETO 64/1999, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública.

⁶⁰ El artículo 5 del Reglamento sobre procedimiento y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública determina que :

Podrán ser declaradas de utilidad pública aquellas Sociedades Cooperativas en las que concurran los siguientes requisitos:

a) Que sus fines estatutarios sean los citados en el artículo 3 del presente Reglamento.

b) Que carezcan de ánimo de lucro. A estos efectos serán consideradas como Sociedades Cooperativas sin ánimo de lucro las que en sus Estatutos recojan expresamente:

-Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios.

-Que las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas.

-El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los Consejeros en el desempeño de sus funciones.

-Que las retribuciones de los socios trabajadores, o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el ciento cincuenta por ciento de las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector.

c) Que se encuentren constituidas, debidamente inscritas en el Registro de Cooperativas de Euskadi, en funcionamiento y dando cumplimiento efectivo a sus fines estatutarios, de forma ininterrumpida durante al menos dos años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de utilidad pública.

d) Que, en el caso de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, acrediten ante el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social, la existencia de dichas participaciones, así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines expresados en el artículo 3 del presente Reglamento.

4.Bibliografía

-AA.VV. *Economía social y desarrollo rural*, CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa Nº 55, Agosto 2006 [En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].

-AA.VV. *Desarrollo sostenible, medio ambiente y economía social*. CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa Nº 61, Agosto 2008 [En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].

-AA.VV. *Innovación y Economía Social*, CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa Nº 60, Abril 2008 [En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].

-AA.VV. *Social Enterprises and Social Economy / Empresas Sociales y Economía Social*, CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa Nº 75. Agosto 2012, [En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].

-AA.VV. *El régimen fiscal de las Sociedades Cooperativas*. CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa, Nº 69, Octubre 2010 [En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].

-Alguacil Marí, M. P. "Régimen Tributario I", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 191 a 210 Documento TOL2.064.160. [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

-Alguacil Marí, M. P. "Régimen Tributario II" en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 211 a 230.TOL2.064.159. . [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

-Fajardo García, G. "CONCEPTO, NATURALEZA, CLASES Y LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS COOPERATIVAS", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal*, Ed. Tirant lo blanch, lencia, 2011, págs. 13 a 32 TOL2.061.198. . [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

-Gadea Soler, E,"RÉGIMEN ECONÓMICO Y FINANCIERO II. LOS RESULTADOS DEL EJERCICIO ECONÓMICO", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal* , Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs.175 a 190 TOL2.064.157. [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

-Labaca Zabala, L. "La identificación de los agentes de la Propiedad Intelectual de los bienes culturales inmateriales y la OMPI", RIIPAC, Nº 1 -NOVIEMBRE 2012, Pag. 34 y sigs. [en línea www.eumed.net/rev/riipac].

- López Gandía, J. "La plantilla global de la cooperativa. Socios indefinidos, socios con vínculos de duración determinada y trabajadores externos" *LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006 TOL1.625.402 [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

- Montero Simó, M. - Casana Merino, F." CAPÍTULO XII REGÍMENES FISCALES DE LAS COOPERATIVAS" *TRATADO DE COOPERATIVAS* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pag. 1099 y sigs.

-Monzón, J.L:- Chaves R., *INFORME Economía Social en la Unión Europea* CIRIEC – Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa [En línea: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].

-Paz Canalejo, N. "Entidades de la economía social I" en Paz Canalejo, N. *Comentario Sistemático a la Ley 5/2011de Economía Social*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 87 a 157. TOL2.554.575.- TOL2.554.552- TOL2.554.626- TOL2.554.615- TOL2.554.573- TOL2.554.577- .TOL2.554.615 . [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

-.Quiles Boti, F.J:*EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS COOPERATIVAS: ANÁLISIS COMPARADO DE LAS DIVERSAS LEYES DE COOPERATIVAS EN ESPAÑA* , Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009 TOL1.629.911.[En línea: <http://www.tirantonline.com>].

-Rodríguez Álvarez M.P. "El Arbitraje Cooperativo" Capítulo XXXI en *TRATADO DE COOPERATIVAS*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pag. 1627 y sigs.

-Trias Pintó, C. "Cooperativas y desarrollo agroalimentario", Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 11 de julio de 2012.CESE 1593/2012. . . [En línea: <http://www.eesc.europa.eu>].

-Vargas Vasserot, C. "Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades", en Fajardo García, G. (Coordinadora), *Cooperativas: Régimen Jurídico y Fiscal* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011,, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pag. 89 a 110 TOL2.061.207. . [En línea: <http://www.tirantonline.com>].

- Vicent Chuliá, F. "CAPÍTULO I-.Introducción" *TRATADO DE COOPERATIVAS* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pag. 111 y sigs.

**Número 2.
Junio 2013**

www.eumed.net/rev/riipac



LA ACTIVIDAD PROFESIONAL EN ARQUEOLOGÍA DE SERVICIOS

Jaime – Max MAGARIÑOS SÁNCHEZ.¹

1. Antecedentes inmediatos de la profesión independiente.

La arqueología de servicios tiene actualmente su justificación en la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985. Esta ley vino a regular de manera explícita una actividad que anteriormente desarrollaban arqueólogos individuales, encaminada a velar por el patrimonio histórico ante el avance de las obras públicas modernas, y que se caracterizaba por su carácter puntual propio de un voluntarismo personal que tenía como fin recuperar en lo posible bienes dejados a la vista de manera casual por las obras y que raramente implicaba la adopción de medidas de protección o de corrección de impactos.

La necesidad de un desarrollo de la legislación en materia de Patrimonio Histórico venía gestándose a partir de la década de los 60 a la luz de la multiplicación de hallazgos fortuitos que provocaba la proliferación de las obras públicas al compás del nuevo desarrollismo económico de la España franquista. No será hasta la instauración de la nueva democracia cuando se

En caso de cita: MAGARIÑOS SANCHEZ, J.M.. “ La actividad profesional en Arqueología de servicios” . *RIIPAC*, nº2, 2013, páginas 177 - 188 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹Arqueólogo. ARCO Servicios de Arqueología. Alcalá de Henares, Madrid. jaimemax@gmail.com

den avances parciales a través de las recién creadas Diputaciones provinciales, en colaboración con otras instituciones que tradicionalmente habían intervenido en materia de protección, como los museos, diferentes institutos de investigación científica y universidades. En este periodo se desarrollará lo que podemos denominar como una “arqueología de rescate” precursora de la actual “arqueología de gestión”, que se irá definiendo durante los mas de treinta años que van desde la década de los años 60 hasta el año 85 y que encontraba un referente último en la adhesión de España a las “Recomendaciones” de la UNESCO y Convenios europeos desde 1975

Podemos citar ejemplos concretos de preservación de yacimientos en la Comunidad de Madrid fruto de este espíritu pionero de protección ya que el caso madrileño puede ponerse como ejemplo paradigmático debido a la especial incidencia que la expansión urbana y de las infraestructuras tuvo en esta provincia.

Fue en los años 70 cuando la Diputación Provincial de Madrid va a potenciar el desarrollo de una, aún tímida, actividad arqueológica y paleontológica en la provincia con una clara orientación científica que favoreció la puesta en marcha de excavaciones sistemáticas, grupos de investigación y series de publicaciones científicas. Estos ejemplos son:

- Yacimiento paleolítico de Áridos en Arganda en 1976
- Yacimiento paleontológico de Pinilla del Valle en 1979
- Necrópolis tardorromana de Getafe en 1981
- Yacimiento alcalaíno de Complutum declarado zona de protección arqueológica en 1984

En aquellos momentos aún estábamos lejos de identificar en el panorama la figura del arqueólogo profesional independiente de las instituciones administrativas, universitarias o museológicas. Estos profesionales sin embargo emergerán rápidamente durante la década de los 80 propiciados por las nuevas políticas de gestión de las Comunidades Autónomas al amparo de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 y su normativa complementaria, que dio pie a la aparición de Leyes de Patrimonio Histórico propias dentro del proceso de transferencia de competencias territoriales.

La aparición del arqueólogo independiente encontró su razón de ser en la delegación técnica que las Administraciones realizaron en determinados casos y en determinadas condiciones. Una de las razones de dicha delegación fue de carácter práctico y organizativo, debido a que la aplicación de la nueva legislación conllevó la multiplicación exponencial de los expedientes administrativos tramitados, lo que hacía inviable la intervención directa, o de oficio, de la Administración con sus recursos materiales y humanos propios mantenidos habitualmente en sus mínimos operativos.

De la misma manera se produce en esos momentos un distanciamiento, que continua en la actualidad, entre el mundo académico y científico y la gestión administrativa del Patrimonio, ya que aquellos difícilmente pueden hacerse cargo de la multiplicidad de intervenciones sin menoscabo de sus propios objetivos orientados hacia la investigación dentro de programas concretos que

restringen su interés a unas directrices muy específicas, en las que difícilmente cabe la muy diversa casuística de las intervenciones arqueológicas. Por supuesto este distanciamiento no ha sido absoluto en ningún momento, al existir múltiples puntos de encuentro con una disciplina cuyos resultados no le pueden ser ajenos a excepción de los recelos que puedan despertar en cuanto a la calidad de la información obtenida por sujetos resueltamente profesionalizados en las labores de campo. En este sentido habría que valorar los nuevos programas universitarios en cuyo currículo se incluyen especialidades de arqueología, o más recientemente la proliferación de másteres en Arqueología y Gestión del Patrimonio Histórico.

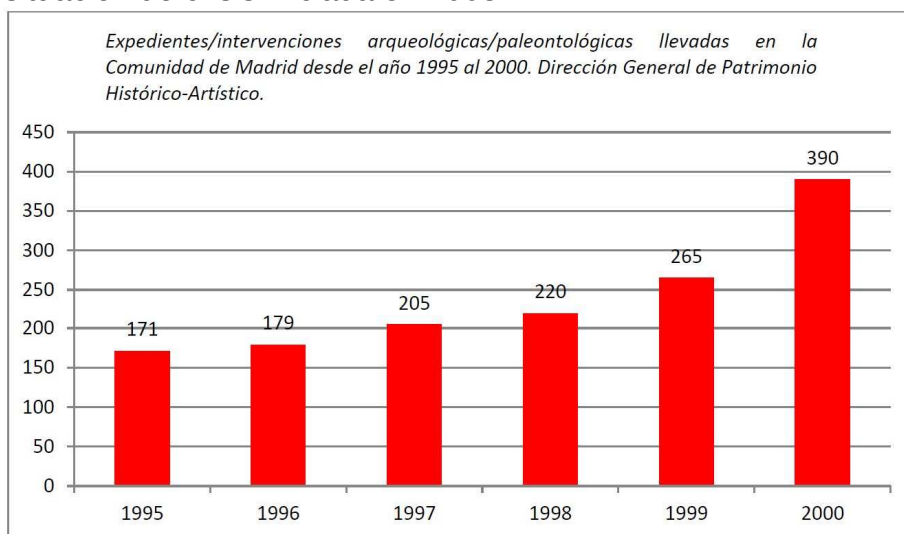
Como hemos indicado más arriba, la Administración reguló este nuevo campo profesional mediante el establecimiento de condiciones mínimas en las que un profesional puede ser titular de una autorización o permiso administrativo que le autorice a hacerse cargo de los aspectos prácticos de un expediente administrativo. Así el solicitante debe justificar disponer de una titulación universitaria media y acreditar suficiente experiencia en materia arqueológica mediante un curriculum o carta acreditativa de una autoridad en la materia. Hay que hacer notar que si bien la titulación exigida suele estar relacionada con el ámbito de las licenciaturas en humanidades podrían acceder a dichas autorizaciones en igualdad de condiciones ingenieros y arquitectos.

2. Panorama actual de las empresas de arqueología.

En torno a los años 90 asistimos a un boom en la creación de empresas de servicios arqueológicos respondiendo a la nueva situación legislativa y a la ampliación de la demanda de profesionales por la Administración, lo que supuso el desarrollo de un nuevo yacimiento de empleo para licenciados en humanidades en un contexto universitario en expansión. Fueron años de máximos en los precios profesionales, tanto de los servicios arqueológicos como de los Estudios de Impacto Ambiental que funcionaron como motor de desarrollo de estos nuevos servicios en un momento en el que todavía estaban por desarrollar los mecanismos propios de gestión como son las Cartas arqueológicas y la recientemente figura de las Zonas de Protección Arqueológica. Sin embargo toda esta actividad empresarial adolecía de una falta de inversiones que se suplía con una cierta sobrevaloración de los servicios y una baja necesidad de inversiones iniciales.

A principios de la década de 1990 los países desarrollados se vieron afectados por una crisis económica y financiera, los efectos de esta crisis tardaron en llegar a España, debido al enorme gasto público que se hizo entre 1990 y 1992 para preparar al país para grandes eventos como la Exposición Universal de 1992, en Sevilla (incluyendo grandes infraestructuras para el transporte de esta ciudad como la alta velocidad ferroviaria y la autovía Madrid-Sevilla) y los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992. Tras un máximo en 1993 los efectos de la recuperación no se dejaron ver hasta 1997. Para nuestro sector el año 95 fue un año de especial contracción, en el que muchas empresas cesaron en su actividad. No obstante el nuevo ciclo alcista en la economía favoreció su

recuperación iniciándose un periodo de continua expansión hasta la actual situación de crisis iniciada en 2008.



Elaboración propia a partir de: Mena Muñoz, Pilar; Méndez Madariaga, Antonio, 2002: *“Las Instituciones Arqueológicas Madrileñas.”* En: Quero Castro, Salvador; Pérez Navarro, Amalia (coords.), 2002: *Historiografía de la Arqueología española. Las Instituciones.* Museo de San Isidro, Madrid.

La actual situación de crisis económica ha traído aparejada para la profesión arqueológica de servicios a empresas dos fenómenos determinantes: la reducción de los contratos y el ajuste a la baja de los precios de licitación.

La reducción de los contratos realizados va pareja a la contracción del sector de la construcción y de las obras públicas, y a un reajuste de las condiciones de medidas de corrección para las obras impuesta por la Administración, tendente a una simplificación de los procedimientos que proporciona un amplio margen de maniobra al promotor. En este sentido creemos que debe entenderse la reciente reformulación que están sufriendo las legislaciones autonómicas en materia de Patrimonio Histórico.

La caída de los precios de contratación, llevando a su extremo principios de competencia, ha supuesto en muchos casos una reducción de los medios de trabajo que no se corresponden con los estándares mínimos de calidad globales deseados y que quedan al albur de normas de procedimiento no expresas. Dos aspectos están muy relacionados con la calidad y con la competitividad económica. Uno es el de los tiempos de ejecución cada vez más reducidos en aras del coste y que conlleva no pocos conflictos a la hora de cuantificar el tiempo real de acometer trabajos arqueológicos. El segundo, es la desvalorización que se da a la fase de investigación arqueológica que se puede englobar en el capítulo de análisis y estudios, esto es, el procesamiento de la documentación y restos producidos por la excavación y la elaboración de la obligada memoria científica de resultados. Tradicionalmente este capítulo, al no corresponder a la fase de obra, sino a momentos posteriores a los trabajos de campo, se han visto siempre extrañado por el promotor que no lo asume como un trabajo propio sino como una obligación personal, quizá como el prurito profesional del arqueólogo, por lo que no se contempla generalmente de forma expresa en ninguna partida económica específica, asumiéndose dentro del precio global. En el caso de que el promotor asuma coyunturalmente el aspecto

científico de los trabajos, lo hace mediante la financiación de una publicación como medio de promoción personal, en la que el arqueólogo no ve remunerado su trabajo editorial ni participa de los posibles beneficios de las ventas.

Creemos que este panorama de precariedad va a traer aparejada una evolución del sector profesional polarizada entre el profesional individual, quizá bajamente cualificado, y con escuetos recursos que acomete coyunturalmente pequeños trabajos sin considerar posibles beneficios empresariales, y empresas mixtas que pueden asumir contratos mayores (como un complemento) en un mercado profesional cada vez más diversificado a la hora de acceder a una fuente de ingresos con el fin último de mantener la actividad. Por contrapartida un efecto indeseado será la desaparición de las sociedades de tamaño medio que reúnen un equipo altamente cualificado y especializado con capacidad de acometer volúmenes de trabajo que impliquen su financiación con fondos propios.

Habitualmente podemos distinguir una tipología de empresas o asociaciones profesionales dedicadas a la arqueología. Podemos identificar desde el profesional autónomo independiente que actúa de manera individual hasta diversas fórmulas asociativas como puedan ser: la Comunidad de Bienes, la Sociedad Cooperativa o la Sociedad Limitada. Raramente podemos rastrear la existencia de Sociedades Anónimas de mayor tamaño ya que los márgenes habituales se restringen a la pequeña y mediana empresa.

Todas ellas reúnen a un equipo de profesionales cualificados como núcleo de la asociación que contratan personal técnico complementario mayormente bajo la fórmula de servicios autónomos o incluso en régimen general de cotización. La duración de estos contratos suele verse afectada por la discontinuidad debido a que se formalizan por obra o servicio y dependen del volumen de proyectos asumidos por la empresa en un periodo determinado. Este personal técnico suele estar constituido por recién licenciados que van adquiriendo experiencia con colaboraciones puntuales bajamente cualificadas para acceder con el tiempo a codirecciones o direcciones de permisos arqueológicos. La flexibilidad funcional de estos licenciados trae el efecto de que raramente se contratan profesionales auxiliares carentes de titulación universitaria que ofertan determinadas Escuelas Taller de arqueología y restauración. En caso de la necesidad de contratar personal de obra o peones estos pueden ser proveídos por la misma empresa de arqueología, aunque también se suele llegar a la fórmula en la que es la empresa constructora la que los pone a disposición del arqueólogo a través de una Empresa de Trabajo Temporal o de Servicios.

La tendencia general suele ser minimizar los gastos en personal y medios materiales mediante una redistribución de funciones de manera vertical cuando las circunstancias lo aconsejan. Frecuentemente son los propios socios los que realizan trabajos administrativos, de gabinete y de campo en aquellos proyectos de pequeño volumen o cuando no se acometen varios trabajos simultáneos que obliguen a la delegación de funciones.

Esta minimización de gastos e inversiones viene determinada no solamente por la racionalidad en la gestión de recursos sino por los modelos de contratación que se tienen que asumir e impuestos por el promotor. La dilación en los pagos obliga a las empresas a reducir los gastos iniciales de ejecución cuando no se pueden adoptar fórmulas de pago ágiles, por lo que solamente aquellas empresas que cuentan con fondos propios o medios de financiación alternativos pueden acceder a proyectos de gran volumen y de importantes inversiones iniciales.

En las casi tres décadas que lleva evolucionando el sistema podemos distinguir tres pilares en su estructura básica para la gestión del Patrimonio Histórico Arqueológico:

- Las distintas Leyes de Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas.
- La Normativas de Planeamiento Municipales.
- La Legislación Medioambiental.

Las Comunidades Autónomas ejercen sus competencia a través de la Consejería de Cultura y sus delegaciones territoriales en el caso de las Comunidades pluriprovinciales. La Consejería de Cultura es la responsable de la realización de los distintos inventarios patrimoniales que están en la base la aplicación de los distintos grados de protección de sus elementos constituyentes. Una vez realizadas las consultas iniciales, es la responsable de establecer las condiciones particulares que regirán para los diferentes proyectos, así como de autorizar los trabajos pertinentes a cargo del profesional correspondiente. En este caso hay que resaltar el hecho de que la responsabilidad de realizar los estudios y los trabajos incluidos en la resolución es de manera directa el promotor del proyecto, siendo el arqueólogo un mero intermediador técnico para su ejecución en el cual han delegado los servicios técnicos de la Administración.

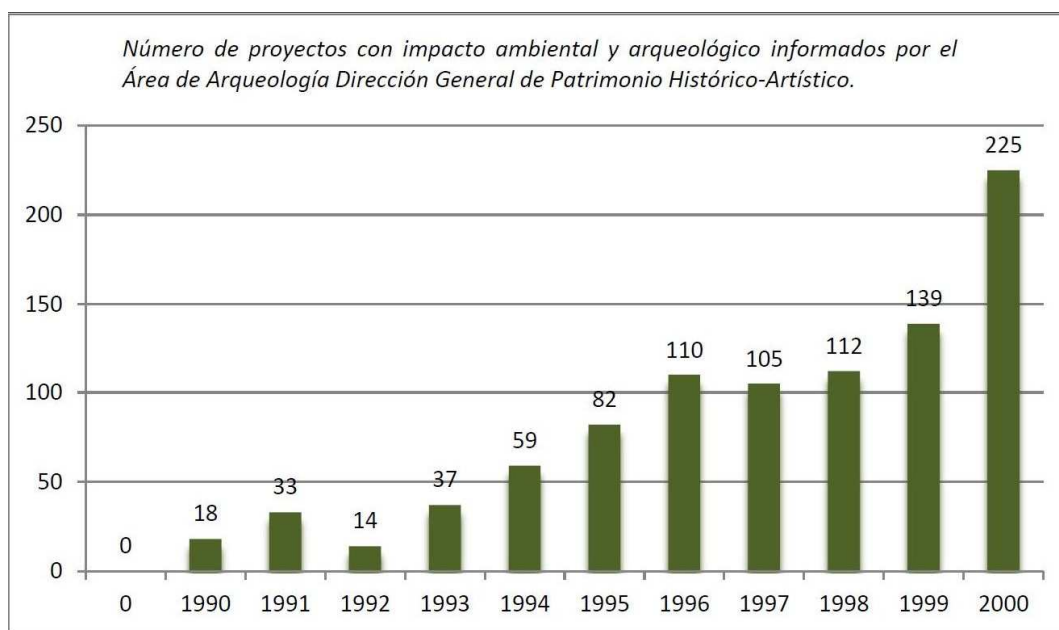
Los ayuntamientos ejercen sus competencias en el ámbito informativo y de control a través de las licencias de obra. El inventario general de bienes de un municipio queda recogido en la Carta arqueológica, documento que se incorpora a las Normas Municipales de Planeamiento y relaciona los elementos particulares y Zonas Arqueológicas objeto de protección. En determinadas circunstancias los ayuntamientos disponen entre sus medios técnicos la figura del arqueólogo municipal, figura mixta entre la Administración y la práctica independiente de la profesión ya que es el encargado de aplicar las ordenanzas municipales en materia de Patrimonio Histórico y de dar traslado de los expedientes a la Consejería de Cultura así como de acometer diversos trabajos de manera remunerada o bien de oficio. Así mismo, el arqueólogo puede incorporarse a la estructura de determinados ayuntamientos que constituyan Consorcios especialmente en poblaciones y ciudades catalogadas como monumentales.

La legislación medioambiental es una tercera fuente de gestión del Patrimonio Arqueológico mediante los Estudios de Impacto que son preceptivos para determinada tipología de proyectos entre los que podemos enumerar:

- Aeropuertos.

- Canalizaciones de agua, oleoductos, gasoductos.
- Carreteras.
- Concentraciones parcelarias.
- Extracción de áridos y minería.
- Instalaciones agrícolas y ganaderas.
- Instalaciones industriales o productivas.
- Obras ferroviarias.
- Obras hidráulicas.
- Parques eólicos, plantas de energías renovables, líneas eléctricas.
- Planes de Actuaciones Urbanísticas.
- Plantas de reciclaje de aguas residuales.
- Plantas de reciclaje de materiales de la construcción.
- ...

Si bien los estudios de impacto ambiental son suscritos por un ingeniero o arquitecto a él se incorporan documentos particulares entre los que están los estudios arqueológicos que deben ser redactados por un arqueólogo.



Elaboración propia a partir de: Mena Muñoz, Pilar; Méndez Madariaga, Antonio, 2002: *“Las Instituciones Arqueológicas Madrileñas.”* En: Quero Castro, Salvador; Pérez Navarro, Amalia (coords.), 2002: *Historiografía de la Arqueología española. Las Instituciones.* Museo de San Isidro, Madrid.

Un principio en la gestión de Patrimonio arqueológicos es el de la corresponsabilidad entre las partes actuantes que genéricamente se pueden resumir en la Administración y el Promotor. La colaboración en la cogestión del Patrimonio Histórico ha de ser racional y ha de contemplar los legítimos intereses de cada uno de los sujetos interesados. En este sentido una reclamación histórica de los agentes promotores de obra civil es que la planificación de las intervenciones arqueológicas debe ajustarse a los

momentos de desarrollo de los proyectos. Como ya expusimos anteriormente² la gestión administrativa del patrimonio ha ajustado las distintas estrategias de intervención graduándolas en las fases de estudio y ejecución de los proyectos. Para ello, se aplican técnicas propias de la investigación arqueológica pero en un contexto diferente al académico como es la urgencia que se le impone a la investigación por obras que deben resolver alteraciones del terreno en plazos mucho más reducidos de lo que puede asumir la investigación arqueológica con unos mínimos de calidad.

La tipología general de trabajos a realizar se puede resumir en las siguientes acciones que exponemos a continuación en orden ascendente de acuerdo al grado de interacción con un proyecto.

- Estudios documentales. Un estudio documental es un documento técnico que recoge todos los elementos patrimoniales incluidos en el ámbito del proyecto de obra. Este debe no solamente inventariar los elementos patrimoniales, sino también establecer de manera individualizada las medidas correctoras a aplicar a cada elemento y que son asumidas por la Administración pasando a formar parte del proyecto de obra e incorporando a él sus medidas correctoras específicas.

Los estudios documentales tienen como fuente principal de información la Carta Arqueológica. Cuando estos estudios son suficientes para establecer medidas correctoras se da fin al procedimiento.

Podemos sistematizar el tipo de elementos incluidos en el inventario, y sujetos a corrección de impacto, con una lista cuyos componentes precisan diferentes estrategias de protección. Estos elementos suelen ser: yacimientos arqueológicos, elementos etnográficos, elementos catalogados como pertenecientes al patrimonio industrial o elementos integrantes del patrimonio histórico y artístico. La casuística en materia de protección es muy variada dentro del marco que imponen las directrices tendentes a su conservación o a su desafección y que pueden implicar la modificación del proyecto de obra.

- Prospecciones superficiales y prospecciones con sondeos. La prospección arqueológica es una inspección directa del terreno afectado por las obras y se inscribe en la fase de estudios previos. Tiene como objeto redactar un documento técnico en el que se establezcan las actuaciones arqueológicas que sean pertinentes en la posterior fase de obra y que se incorporen a él con sus medidas correctoras específicas. Este documento tiene como objetivo primordial generar un inventario de elementos patrimoniales debidamente descritos y cartografiados que amplíen, sobre el terreno, la información de los elementos insuficientemente documentados en el estudio documental.

Un yacimiento arqueológico se evidencia como una dispersión de materiales cerámicos, líticos o estructuras a la vista que se pueden registrar en una inspección visual. Estas evidencias suelen ser suficientes para incluir en su descripción una aproximación a su adscripción cronocultural y a su inicial

² *Revista Tecnoambiente*. Madrid. 226, pp. 23-25

desarrollo en extensión, sin embargo difícilmente nos puede dar exacta idea de su entidad o potencia arqueológica. Por añadidura, no ofrecen la posibilidad de utilizar criterios para determinar su posible conservación por lo que se aplica el principio necesario de prevención. Estos datos iniciales se han de poner en relación cartográfica con el proyecto para aproximar el grado de afección previsible de la obra sobre el yacimiento y que depende de la incidencia de esta sobre el terreno.

Cuando se prevén afecciones es de interés determinar la potencia arqueológica y la extensión real del yacimiento en aras de una valoración exacta de la viabilidad del proyecto o de minimizar las inversiones necesarias para acometer excavaciones arqueológicas de mayor envergadura. En este punto se suele resolver acometer una fase de sondeos. Este grado de intervención suele cargarse al presupuesto de la fase de ejecución de la obra ya que estos movimientos de terreno pertenecen ya a un capítulo de ejecución y no a la fase de estudios previos. Los sondeos arqueológicos acotan los márgenes de las posibles excavaciones arqueológicas.

- **Control de movimientos de terrenos.** En la fase de ejecución del proyecto de obra se suelen ejecutar todos los capítulos que conciernen a los movimientos de terrenos, bien propios - que se realizan con medios mecánicos - o bien arqueológicos, que no se consideran como propios.

Aplicando el principio de prudencia se suele resolver aplicar al proceso de obra un control arqueológico directo de los trabajos de remoción de terrenos. Este control puede ser asumido a bajo coste por un único técnico arqueólogo incluso si la obra presenta múltiples frentes. Dicho servicio arqueológico es visto muchas veces como un mero trámite preventivo pero sin embargo cumple una función importante de vigilancia y control para que los trabajos mecánicos, a veces con maquinaria de gran envergadura, no afecten fortuitamente a elementos protegidos presentes en el ámbito del proyecto y que deben ser convenientemente señalizados y balizados para mayor información de agentes de obra u operarios que frecuentemente desconocen el estado de los trabajos arqueológicos.

- **Excavaciones arqueológicas.** En la fase de ejecución del proyecto de obra se suelen ejecutar todos los capítulos que conciernen a los movimientos de terrenos, bien propios - que se realizan con medios mecánicos - o bien arqueológicos, que no se consideran como propios, y que se caracterizan por ser fundamentalmente manuales. Este punto suele ser percibido por los promotores como un condicionante costoso tanto desde el punto de vista de la variable del tiempo, como del de la inversión económica, en relación con los metros cúbicos de terreno removido que es el parámetro habitual para valorar los plazos de ejecución cuando se están moviendo terrenos.

Una vez ejecutada la fase de sondeos, y acotados los márgenes de las posibles excavaciones arqueológicas, estas se suelen acometer de manera paralela a los trabajos propios de obra haciéndose una adaptación de los tiempos y realizando las necesarias reservas de terreno para los trabajos arqueológicos. El área sujeta a excavaciones suele ser un porcentaje reducido

respecto a la superficie total. Esto posibilita avanzar con la mayor parte de la obra para, una vez liberado el terreno, concluir la ejecución puntualmente.

En un porcentaje muy alto las excavaciones cumplen el objetivo principal de documentar suficientemente un yacimiento por lo que pocas veces se resuelve la conservación del mismo y mucho menos su exposición a la vista. Muy frecuentemente una vez excavado el yacimiento este puede ser ocupado por las edificaciones o infraestructuras. En el caso de que se determine conservar determinadas estructuras se procede a su cubrición con medios apropiados y se puede construir sobre rasante mediante terraplén. Una solución habitual es disponer sobre él zonas verdes que en principio tenían otra localización lo que supone una modificación del proyecto de obra.

3. Aspectos deontológicos y de calidad en la arqueología de servicios.

La práctica arqueológica como actividad profesional liberal tiene una fuerte carga deontológica debido a que se desarrolla en un medio social y persigue unos fines científicos. Queremos destacar aquí un principio general que rige su práctica, el principio de calidad como un objetivo que se persigue. En su dimensión técnica la calidad engloba los aspectos científicos y tecnológicos que afectan al producto o servicio y que se desarrolla en tres ámbitos dependiendo de con quién se establecen relaciones como la Administración, el cliente y la comunidad científica.

Las relaciones con la Administración son de carácter normativo ya que el arqueólogo ha de ajustarse a unas normas de procedimiento administrativo que tienen como objeto cuatro documentos, el proyecto de actuación, los permisos de actuación, el informe de actuación y la resolución administrativa.

El proyecto de actuación incluye dos apartados que comprometen al arqueólogo: la propuesta de actuación y la metodología. En ellos se explicitan tanto el “qué” como el “cómo” se van a ejecutar los trabajos. La propuesta de actuación tiene como fuente la interrelación entre el proyecto de obra y la información previa de la situación patrimonial del ámbito donde se van a realizar los trabajos. La metodología igualmente explicita cómo se van a afrontar los trabajos de acuerdo a un protocolo técnico que haga comprensiva la información obtenida para su procesamiento posterior y que se reflejará en el informe de actuación y la memoria científica que han de incluir de manera general una descripción de los trabajos realizados junto con una sistematización de la documentación obtenida y unas conclusiones cronoculturales del bien objeto de estudio. La memoria si bien es estrictamente un documento administrativo participa así mismo de un valor científico por lo que, independientemente del fin último que se pueda dar a la información contenida en él, debe ser compatible con los estándares de calidad que exige la comunidad científica. Tras el informe de actuación la consecuente Resolución administrativa cierra el procedimiento administrativo.

Las relaciones con el promotor o cliente son otro factor que influye en el concepto de calidad en su dimensión humana y supone cuidar de las buenas relaciones entre clientes y empresas. Dentro de los principios de libre

competencia y de libertad en el ejercicio profesional el concepto de calidad hace referencia a la consecución de un acuerdo de servicios entre las partes en las condiciones más ventajosas para ambos. Como ya vimos, los servicios ofrecidos quedan reflejados en el proyecto de actuación que los regula y en este sentido los servicios particulares en arqueología presentan una diferencia respecto a otros que la propiedad pueda contratar, y es que su alcance no responde tanto a las necesidades propias de la dirección de obra como a unas determinaciones que tienen su origen en los criterios de la Administración. Evidentemente el sujeto de servicios querrá matizar las condiciones en que se han de ejecutar los trabajos manejando dos aspectos que quedan en cierta manera desregulados y que se dejan a su arbitrio como es la correlación entre tiempos y el precio establecido en las relaciones contractuales.

De forma genérica se pueden diferenciar dos modelos generales de contratación, la modalidad abierta y la modalidad cerrada. La modalidad abierta se hace cargo de los imponderables arqueológicos que obligan a que en muchos casos se encuentren dificultades en determinar de antemano la duración de los trabajos para un área determinada dependiendo de la complejidad que presente el registro. Esta es una situación ventajosa para el arqueólogo que puede trabajar sin la urgencia habitual. No obstante esta modalidad de contratación presenta un fuerte contenido deontológico ya que el profesional debe ajustar a unos parámetros racionales la metodología empleada compatible con la calidad de su trabajo. La modalidad de contratación cerrada se ajusta más a la lógica del desarrollo de la obra o proyecto ya que se pueden cuantificar los tiempos y los costos con un precio cerrado asumiendo el arqueólogo un riesgo. Este intentará ajustar los tiempos a los recursos disponibles incrementando los medios a su costa o realizando ajustes metodológicos que pueden suponer implicaciones en la calidad del servicio y, en último extremo, implicaciones en materia de disciplina profesional. Esta situación tiene un origen de difícil valoración, que son las condiciones en que se emiten los permisos arqueológicos donde solamente están reguladas las condiciones en las que el director de los trabajos accede a ellos. En la práctica hay aspectos que no quedan regulados por dichos permisos como puedan ser los precios por unidad de ejecución o sueldos y cualificación técnica del personal técnico dependiente.

No queremos soslayar aquí el delicado tema de la disciplina y posibles infracciones que pueden producirse en el transcurso de un proyecto de obra sujeto a estudios arqueológicos. La experiencia nos ha enseñado que la fuente principal de conflictos en materia de disciplina suele ser el factor tiempo asociado a los costes que conlleva. En este sentido podemos enumerar tres situaciones tipo en que se pueden plantear situaciones delicadas en materia de disciplina.

- Cuando se dan por concluidos los trabajos arqueológicos en función de los plazos establecidos en el contrato de servicios aun cuando no se hayan alcanzado de manera efectiva los objetivos establecidos en el proyecto de actuación.
- Cuando no hay una coordinación entre los trabajos de obra y las medidas de protección del patrimonio arqueológico de un ámbito de proyecto.

- Cuando en última instancia se incumplen las obligaciones en materia de protección arqueológica ejecutando trabajos de obra a costa de la integridad de los bienes patrimoniales.

Estas situaciones tipo crean conflictos con el código deontológico del arqueólogo que se presenta siempre como el último garante de la disciplina en materia de Patrimonio frente a la Administración, con el añadido de que está prestando un servicio a un tercero que le obliga a mantener relaciones normales con él. La corrección de los efectos de estas fuentes de conflictos no está en la mano del profesional arqueólogo y dependen más de los principios que rigen la práctica del promotor que en última instancia se han de ver a la luz de una serie de valores socialmente admitidos como son el economicismo y el objetivismo de los valores científico-técnicos, frente a un relativismo de los valores culturales a los que se niega su carácter de bien social.

Bibliografía.

Almansa Sánchez, Jaime, 2011: *El Futuro de la Arqueología en España*. Editorial Jas, Madrid.

Mora, Gloria; Díaz Andreu, Margarita (Eds.), 1997: *La cristalización del pasado: Génesis y desarrollo del marco institucional de la Arqueología en España*. Universidad de Málaga.

Parga-Dans, Eva, 2011: *Innovación y emergencia de un servicio intensivo en conocimiento: el caso de la arqueología comercial*. Tese de Doutoramento, Universidad de Santiago de Compostela.

Quero Castro, Salvador; Pérez Navarro, Amalia (coords.), 2002: *Historiografía de la Arqueología española. Las Instituciones*. Museo de San Isidro, Madrid.



Reseña Bibliográfica: ALVAREZ GONZALEZ, E.M., *La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

María del Pilar CASTRO LÓPEZ¹

En esta breve reseña del libro *La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático en España* de la Dra. Alvarez González, quisiéramos, en primer lugar, destacar su importante contribución al estudio de esta materia, no solo por tratarse de uno de los escasos trabajos doctrinales publicados en nuestro país sobre el patrimonio cultural subacuático, sino, sobre todo, por la exhaustividad y profundidad de su análisis. La autora consigue ofrecernos una completa visión de la compleja y novedosa problemática que aborda, comenzando por la delimitación del concepto mismo de patrimonio cultural subacuático, para continuar con un pormenorizado estudio de sus fuentes normativas (tanto en el plano internacional y comunitario como en el nacional y autonómico), así como del papel que desempeñan las distintas instancias públicas en su protección, dejando al descubierto las carencias que en este ámbito presenta nuestro sistema jurídico, sea desde la perspectiva normativa sea desde la institucional. Además, el trabajo aporta significativas soluciones y propuestas de actuación dirigidas tanto al legislador como a las diversas Administraciones públicas concernidas a fin de garantizar una más adecuada y eficaz protección del patrimonio cultural subacuático español.

En caso de cita: CASTRO LOPEZ, M.P. "Reseña Bibliográfica: ALVAREZ GONZALEZ, E.M., *La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012" . RIIPAC, nº2, 2013, páginas 189 - 197 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga

El patrimonio cultural subacuático español puede definirse como aquel que, reuniendo las características del patrimonio histórico arqueológico previstas en la legislación vigente, se encuentra bien en las aguas interiores y continentales españolas bien en las aguas marinas sobre las que España ejerce soberanía o jurisdicción, debiendo extenderse tal consideración al patrimonio de iguales características sobre el que nuestro país pueda ejercer alguna acción reivindicatoria o invocar algún derecho en virtud de las leyes nacionales y del Derecho internacional.

Instituciones públicas nacionales e internacionales coinciden en subrayar la importancia del patrimonio cultural subacuático, denunciando su prácticamente generalizada minusvaloración: mientras los yacimientos arqueológicos de tierra firme han venido proporcionando en los últimos cien años un enorme caudal de información acerca de la historia y evolución de las civilizaciones humanas, los océanos, en cambio, continúan manteniendo ocultos buena parte de sus secretos. En este sentido, la UNESCO ha calificado a los pecios – los barcos hundidos en un naufragio- como *“cápsulas del tiempo”*, en la medida en que su estudio, con la consiguiente datación de objetos, proporciona una valiosa información sobre nuestro pasado.

Debido a su condición peninsular, España, con más de 3000 kilómetros de costa, es uno de los países del mundo que cuenta con mayor número de pecios y yacimientos arqueológicos subacuáticos; que duda cabe de que los mares Cantábrico y Mediterráneo y el océano Atlántico han sido testigos de una parte fundamental de nuestra historia.

Sin embargo, hasta la fecha, la enorme riqueza patrimonial arqueológica existente en las aguas del litoral español no ha sido debidamente protegida; de hecho, a pesar de los instrumentos jurídicos que brindan la legislación española, comunitaria e incluso internacional, más del ochenta y cinco por ciento de los restos arqueológicos sumergidos en nuestras aguas ha sido expoliado sin que los poderes públicos hayan tomado cartas en el asunto. A este respecto, resulta especialmente llamativo que no exista una catalogación aproximada de los pecios y restos arqueológicos que se encuentran en las aguas jurisdiccionales españolas, así como el hecho de que no se promuevan la investigación e intervención sobre los yacimientos arqueológicos para la elaboración de Cartas Arqueológicas o cualquier otro instrumento de planificación de nuestro patrimonio cultural subacuático ni se fomente la localización, conservación y protección del mismo. En definitiva, la riqueza del patrimonio arqueológico submarino español contrasta sobremedida con la inexistencia de una política activa tendente a su efectiva protección.

Esta pasividad de los poderes públicos ha permitido, por no decir casi fomentado, una decidida actividad por parte de expoliadores y cazatesoros que está provocando la destrucción, deterioro y desaparición del patrimonio cultural subacuático español. Esta amenaza no constituye ciertamente novedad alguna, pudiendo, por el contrario, afirmarse que el pillaje y la expoliación de restos sumergidos han sido algo consustancial a la evolución de la protección jurídica de nuestro patrimonio cultural subacuático. La resonancia mediática que recientemente ha alcanzado el denominado “Caso *Odyssey*” (nombre de la

compañía estadounidense que en mayo de 2007 descubrió en aguas jurisdiccionales portuguesas el pecio español *Nuestra Señora de las Mercedes*, hundido en 1804 con una carga de monedas de oro y plata valoradas en 350 millones de euros) ha supuesto un punto de inflexión en la hasta el momento prácticamente nula preocupación por la pérdida de este patrimonio, poniéndose así en tela de juicio los instrumentos jurídicos actualmente existentes para su protección.

En este momento, conviene señalar que la protección jurídica de este tipo de bienes varía en función del lugar en el que se encuentren: los bienes sumergidos que se hallan bajo las aguas jurisdiccionales españolas están protegidos por el Derecho nacional mientras que los bienes sumergidos de titularidad española que se encuentran en aguas de terceros países están protegidos por el Derecho internacional.

1. Protección internacional: la Convención de la UNESCO de 2001.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 31ª reunión, celebrada en París del 15 de octubre al 3 de noviembre de 2001, constituye un hito fundamental en la protección internacional de los bienes que nos ocupan, ya que hasta su aprobación no existía una norma internacional que protegiera el patrimonio cultural subacuático de forma completa y unitaria. Con anterioridad, el Derecho Internacional únicamente ofrecía un conjunto de reglas y principios básicos generales relativos no a la protección específica del patrimonio cultural subacuático, sino a la protección del patrimonio cultural en general, elaborados esencialmente en el seno de la UNESCO y del Consejo de Europa o proporcionados por el Derecho Internacional del Mar.

La Convención de la UNESCO reconoce la relevancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y el creciente y legítimo interés y aprecio de los ciudadanos por el mismo, al tiempo que constata las amenazas que se ciernen sobre este patrimonio, las cuales se han visto potenciadas por el imparable desarrollo de las técnicas de detección e intervención subacuáticas, expresando la absoluta necesidad de protección y preservación de este tipo de bienes, responsabilidad que incumbe a todos los Estados.

La norma internacional atribuye la consideración de patrimonio cultural subacuático a todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico y que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, igualmente junto con su contexto arqueológico y natural; y los objetos de carácter prehistórico (art. 1.1).

Los principios básicos sancionados por la Convención en orden a una más eficaz protección de estos bienes son: la obligación de los Estados Parte de

preservar el patrimonio cultural subacuático y, consecuentemente, de adoptar las medidas necesarias para ello; la preservación *in situ* de este patrimonio, es decir, en el lecho del mar, como opción prioritaria; la no explotación comercial del patrimonio cultural subacuático; la promoción de la formación en arqueología subacuática, la transferencia de tecnología e intercambio de información, con el consiguiente deber de colaboración entre todos los Estados Partes a este objeto; y, por último, la no reglamentación de la propiedad de los bienes en litigio entre distintas partes interesadas (art. 2).

El régimen jurídico establecido por la Convención diferencia los derechos y obligaciones de los Estados sobre las distintas zonas marinas, a saber: aguas interiores, aguas de los archipiélagos, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental y, por último, la Zona, esto es, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (art. 1.5), en función de la posición jurídica de los Estados sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, posición que, a su vez, se deriva de su condición de Estado ribereño, Estado de pabellón, Estado de hallazgo o Estado interesado.

Ahora bien, las previsiones de la Convención deben interpretarse de conformidad con las normas del Derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado (art. 2.8).

Especial relevancia en el ámbito del patrimonio cultural subacuático presenta la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas, pues implica la no aplicación del régimen jurídico de protección del Estado en cuya jurisdicción se encuentre el bien sino el del Estado de pabellón. En efecto, la costumbre del Derecho Internacional reconoce que los buques de guerra y otros navíos o aeronaves de Estado utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial gozan de inmunidad frente a las autoridades del Estado ribereño, y aunque las normas sobre inmunidad del Estado son esencialmente consuetudinarias, la codificación del Derecho del Mar contiene algunas disposiciones al respecto (art. 32).

En resumen, la Convención de la UNESCO resulta aplicable para la defensa y protección del patrimonio cultural subacuático español que se encuentre en aguas de terceros países y en aguas internacionales, pero siempre que el Estado ribereño donde se halle el bien sea Parte de la Convención, ya que ésta sólo es aplicable entre los Estados Parte. En cambio, en caso de encontrarse nuestros restos subacuáticos en aguas de países no firmantes de la Convención, el Estado español deberá ejercer sus derechos de defensa y protección atendiendo a las reglas consuetudinarias establecidas con anterioridad a la Convención, las cuales suponen bien tener que acudir a los tribunales para la defensa de nuestros intereses bien acudir a la celebración de convenios de colaboración con los países en cuyas aguas se encuentren nuestros restos.

2. Protección nacional del patrimonio cultural subacuático.

Ante todo es preciso señalar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno una normativa específica que ordene el régimen jurídico y la protección del patrimonio cultural subacuático. Ello obliga a acudir al régimen general de protección del patrimonio arqueológico, que se contiene en la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE) y en las leyes autonómicas sobre la materia, en las que se establece que el patrimonio cultural subacuático forma parte del patrimonio arqueológico.

La consideración del patrimonio cultural subacuático como una parte del patrimonio arqueológico supone, evidentemente, que el mismo posee los rasgos jurídicos característicos de su género. En este sentido conviene recordar que el patrimonio arqueológico, a diferencia del resto del patrimonio cultural, presenta una naturaleza jurídica singular, ya que, por ministerio de la ley, forma parte del dominio público. En consecuencia, los bienes que integran el patrimonio cultural subacuático gozan de los rasgos típicos de los bienes demaniales como son su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad y su sujeción a un régimen jurídico exorbitante de protección y defensa.

Pero, además de las potestades generales que ostentan las Administraciones Públicas para la defensa de los bienes culturales subacuáticos en tanto que bienes de dominio público, a los mismos les resulta también aplicable el régimen especial de protección que la Ley de Patrimonio Histórico Español y las leyes autonómicas sobre la materia ofrecen para los bienes integrantes del patrimonio arqueológico. La LPHE incluye entre la tipología de bienes que pueden ser objeto de la declaración de bienes de interés cultural (BIC) a las zonas arqueológicas, entendiéndose por tales el “lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas” (art. 15.5). A tenor de dicha definición legal, no cabe duda de que una zona subacuática puede ser considerada zona arqueológica y como tal ser declarada BIC.

La sola incoación del expediente para la declaración de un BIC determina, en relación al bien afectado, la aplicación con carácter provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes efectivamente declarados de interés cultural. Este tipo de bienes son inscritos en el Registro General dependiente de la Administración del Estado, así como en los respectivos registros y catálogos autonómicos creados al efecto, registros a los que debe notificarse la incoación de dichos expedientes, que causarán la correspondiente anotación preventiva hasta que recaiga resolución definitiva.

Por consiguiente, la declaración como BIC de una zona arqueológica subacuática conlleva que la misma será objeto de la máxima protección jurídica. En concreto, de acuerdo con el régimen jurídico previsto por la LPHE para los bienes de interés cultural, será preciso aprobar un plan de protección del área afectada (art. 20.1), y cualquier obra o remoción de terreno que pretenda realizarse en una zona arqueológica declarada como BIC deberá ser

autorizada por la Administración competente para la protección de dichos bienes, la cual podrá, antes de otorgar la autorización, ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas (art. 22). Lo anterior significa que la declaración como BIC prevalece sobre cualesquiera instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial que afecten al bien, de suerte que si el planeamiento está en fase de elaboración deberá ajustarse a dicha declaración antes de ser aprobado, y si el correspondiente planeamiento ya se encontraba en vigor con anterioridad a producirse la declaración como BIC, habrá de adaptarse a la misma mediante su modificación o revisión.

Igualmente las Comunidades Autónomas contemplan en su legislación sobre patrimonio histórico tanto la declaración de bien de interés cultural como la catalogación de los bienes del patrimonio arqueológico, a fin de que éstos tengan un régimen jurídico de mayor protección, al tiempo que incorporan otras figuras adicionales de protección. Algunas Comunidades han ido incluso un paso más allá al prever en sus leyes sobre la materia una protección de este patrimonio que no requiere de su declaración como BIC. Tal es el caso de la Comunidad andaluza, cuya Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, establece la declaración de zona de servidumbre arqueológica para aquellos espacios claramente determinados en que se presuma fundadamente la existencia de restos arqueológicos de interés y se considere necesario adoptar medidas precautorias. La declaración de zona de servidumbre arqueológica implica que la realización de obras de edificación o cualesquiera otras actuaciones que lleven aparejada la remoción de terrenos en zonas de servidumbre arqueológica se notificará a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico con un mínimo de quince días de antelación. Recibida la notificación, la Consejería dispondrá de un plazo de quince días para ordenar, en su caso, la realización de catas o prospecciones arqueológicas. Además, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico queda facultada para inspeccionar en todo momento las obras y actuaciones que se realicen en tales zonas de servidumbre arqueológica (arts. 47 y ss.).

Por otra parte, la tutela del patrimonio cultural subacuático no debe entenderse limitada al ejercicio genérico por la Administración de las facultades de protección y defensa de los bienes demaniales o a la declaración como BIC o figura afín de un bien cultural subacuático en particular, ya que aquélla dispone de un arsenal de técnicas administrativas que inciden de manera directa en la actividad desarrollada por los particulares. Dichas técnicas de intervención se enmarcan en la clásica triada que clasifica la actividad administrativa en policía, fomento y servicio público o actividad prestacional, con su incidencia característica respectiva en las situaciones subjetivas de los particulares, que también se manifiestan en el ámbito del patrimonio cultural subacuático. Así, la actividad prestacional en esta materia se identifica con la satisfacción por el sector público del acceso a la cultura por parte de todos los ciudadanos (sancionado como principio rector de la política social y económica en el art. 44 de la Constitución española), mientras que la actividad de fomento se manifiesta en técnicas diversas como el apoyo financiero a través de ayudas y subvenciones, exenciones fiscales, o el pago de una compensación económica

en caso de un hallazgo casual. Mas la técnica por excelencia en materia de patrimonio cultural es la actividad de policía o limitación, en la medida en que el grueso de la actividad de la Administración pública en este campo se concreta en la reglamentación de la actividad de los particulares con la imposición de obligaciones o prohibiciones, el sometimiento de las correspondientes actividades a autorización administrativa, la sujeción de los particulares a las labores de inspección de la Administración y, finalmente, el ejercicio por ésta de la potestad sancionadora.

Singular relevancia adquiere el régimen de las autorizaciones administrativas necesarias para poder realizar una actividad arqueológica subacuática, puesto que al ejecutarse toda actividad arqueológica subacuática en el dominio público marítimo terrestre, o incluso, en el dominio público portuario, habrá que verificar si este hecho introduce alguna particularidad en el procedimiento autorizatorio general previsto para las actividades arqueológicas, y consecuentemente aplicable al patrimonio cultural subacuático.

Otra técnica de intervención administrativa importante para la protección de este tipo de bienes es la actividad de planificación en este sector. Ejemplos de la misma son el Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de noviembre de 2007, y las cartas arqueológicas subacuáticas recogidas en dicho plan como técnica administrativa para localizar e identificar los bienes integrantes del patrimonio cultural subacuático en España.

Mención especial merece finalmente el Libro Verde del Plan Nacional para la Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático aprobado por el Consejo de Patrimonio Histórico el 16 de julio de 2009 y publicado por la Subdirección General de Publicaciones, Información y Documentación del Ministerio de Cultura en 2010, que viene a establecer las líneas básicas sobre las que han de planificarse las acciones futuras para el cumplimiento de los objetivos y fines del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático Español. En este contexto, el Libro Verde, tras analizar la situación actual del patrimonio cultural subacuático español desde una perspectiva arqueológica, documental, legal, investigadora, de conservación y difusión, y de formación, propone las acciones prioritarias que deben llevarse a cabo en España para la tutela efectiva del Patrimonio Cultural Subacuático, y que pueden sintetizarse como sigue:

1. Dotar a España de organismos específicos de actuación sobre el Patrimonio Cultural Subacuático, dotando al Museo Nacional de Arqueología Subacuática (ARQUA) de todos los medios humanos y materiales necesarios, y creando o mejorando por las Comunidades Autónomas los Centros de Arqueología Subacuática para que asuman todo tipo de actuación directa sobre el Patrimonio Cultural Subacuático, una vez sean dotados de los medios técnicos y humanos precisos. Además, en los órganos de la Administración pública encargados de la gestión del patrimonio arqueológico deben existir técnicos especializados en arqueología subacuática.

2. Identificar y valorar el Patrimonio Cultural Subacuático desarrollando acciones encaminadas a la recopilación, estudio y valoración exhaustiva de las fuentes documentales, arqueológicas y orales que permitan el conocimiento de la actividad marítima en todos sus aspectos y del Patrimonio Cultural Subacuático resultante a lo largo del tiempo; y firmando convenios de colaboración entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas para la realización de las Cartas Arqueológicas como herramientas básicas para la protección e intercambio de información relativa al Patrimonio Cultural Subacuático.
3. Mejorar la eficacia de los instrumentos de protección aprobando una legislación específica sobre la materia atendiendo a la peculiaridad de la arqueología subacuática y que implemente en España la Convención UNESCO de 2001.
4. Intervenir de manera eficiente y específica en el Patrimonio Cultural Subacuático mediante la ejecución de proyectos de intervención arqueológica subacuática responsabilidad de las Administraciones Públicas.
5. Garantizar la correcta conservación y restauración del Patrimonio Cultural Subacuático dotando a los centros de arqueología subacuática de los laboratorios, personal especializado y medios que garanticen el correcto tratamiento de conservación y restauración del Patrimonio Cultural Subacuático, y depositando los materiales arqueológicos de procedencia subacuática, tras su extracción, en museos o centros con laboratorios especializados para los tratamientos de conservación, y recomendar el depósito definitivo de los mismos en museos que reúnan los medios técnicos y humanos necesarios para su conservación tras el mismo.
6. Perfeccionar la oferta formativa, técnica y científica para los profesionales del Patrimonio Cultural Subacuático incluyendo en los diferentes niveles universitarios, hasta el posgrado, las enseñanzas requeridas para la formación en arqueología náutica y subacuática, así como en restauración, que deberán ser impartidas por especialistas procedentes del campo de la arqueología subacuática, con el fin de normalizar la trayectoria curricular de los nuevos arqueólogos subacuáticos y especialistas.
7. Difundir en la sociedad el conocimiento del Patrimonio Cultural Subacuático para su valoración y disfrute llevando a cabo una o varias campañas divulgativas en diversos niveles y por medio de los diferentes recursos que hoy día se ofrecen, para hacer llegar a la sociedad de manera clara y directa el conocimiento y valoración de este patrimonio.
8. Seguimiento mediante la creación por el Ministerio de Cultura de una Comisión de Seguimiento del Plan Nacional de Arqueología Subacuática, con el objeto de llevar a cabo un seguimiento continuo de la consecución de estas propuestas y, en general, de los principios recogidos en el Libro Verde.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el estudio realizado por la Dra. Álvarez González consigue ilustrarnos con claridad acerca del actual régimen

jurídico del patrimonio cultural subacuático español, revelando sus carencias y proponiendo para el futuro inmediato interesantes líneas de actuación tanto en materia de política legislativa como en referencia a la propia acción administrativa; y, lo que es más importante, nos hace tomar consciencia, no sólo como juristas, sino también como ciudadanos, de la relevancia de este patrimonio, así como de la imperiosa necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico y los poderes públicos den una respuesta adecuada al reto que supone su protección, preservación y difusión.

NOVEDADES: EVENTOS - ENLACES RECOMENDADOS

**Número 2.
Junio 2012**

www.eumed.net/rev/riipac



PROPUESTAS DE EVENTOS, LIBROS Y REVISTAS

Arantza LABURU^{1*}

1. Enlaces a eventos

- 1.1. EVENTO SOBRE DERECHO Y MODA. International Fashion Code Event, celebrado el 15 de junio de 2013 en el Museo Cristóbal Balenciaga. (Getaria) <http://www.fashion-code.org/>
- 1.2. JORNADAS TÉCNICAS SOBRE MOMIAS. MÉTODOS Y PROPUESTAS PARA SU PRESERVACIÓN. Instituto del Patrimonio Cultural de España (IPCE), celebradas el 24 a 26 de junio de 2013, en el Museo de América (Madrid) <http://ipce.mcu.es/pdfs/ProgramaMomiasFinal.pdf>

2. Enlaces a Libros propuestos

- AA .VV. MOMIAS. MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA SU PRESERVACIÓN. Instituto del Patrimonio Cultural de España. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Madrid, 2012 (ISBN. 978-84-8181-524-5). <http://ipce.mcu.es/portada/destacado39.html>

3. Enlaces a revistas propuestas

- 3.1. Journal on Computing and Cultural Heritage (JOCCH) en <http://jocch.acm.org/>
- 3.2. IDEA. The Intellectual Property Law Review en <http://law.unh.edu/ip-law-review>

¹ * Licenciada en Derecho, Abogada en ejercicio en la Asesoría LABURU y asociados. Jurista